



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA LUIZA GASPAR DA ROSA

RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA – A PROIBIÇÃO DO
ENRIQUECIMENTO SEM JUSTA CAUSA COMO ELEMENTO DA REVISÃO
JUDICIAL CONTRATUAL

Florianópolis – SC
2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

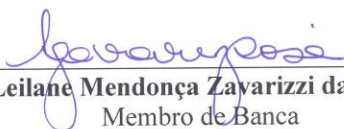
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Resolução por onerosidade excessiva - A proibição do enriquecimento sem causa como elemento da revisão judicial contratual**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Ana Luiza Gaspar da Rosa**, defendido em **08/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

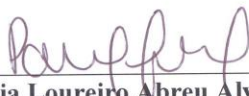
Florianópolis, 8 de Julho de 2015



Orlando Celso da Silva Neto
Professor(a) Orientador(a)



Leilane Mendonça Zavarizzi da Rosa
Membro de Banca



Patrícia Loureiro Abreu Alves Barbosa
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Ana Luiza Gaspar da Rosa**

RG: **4313297**

CPF: **072.343.999-09**

Matrícula: **10202325**

Título do TCC: **Resolução por onerosidade excessiva - A proibição do enriquecimento sem causa como elemento da revisão judicial contratual**

Orientador(a): **Orlando Celso da Silva Neto**

Eu, **Ana Luiza Gaspar da Rosa**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 8 de Julho de 2015

Ana Luiza Gaspar da Rosa

ANA LUIZA GASPAR DA ROSA

**RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA – A PROIBIÇÃO DO
ENRIQUECIMENTO SEM JUSTA CAUSA COMO ELEMENTO DA REVISÃO
JUDICIAL CONTRATUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca
examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto

Florianópolis - SC

2015

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao homem que me dedicou as coisas mais importantes da vida, Jorge Luiz da Rosa. Dedicou toda a sua vida a me ensinar, com seu olhar doce e humano, todos os valores que eu tenho hoje como mulher. Pai, eu só cheguei até aqui porque você me mostrou o caminho, Obrigada.

Agradeço à minha amada mãe, Tereza Ana Gaspar. Por cuidar de mim e me apoiar em todas as situações. Obrigada por nos ensinar que o caminho da evolução é dentro da caridade e do amor ao próximo, você é a pessoa mais sábia que eu conheço.

Aos meus irmãos, Flaviana Gaspar dos Santos e Thiago Gaspar dos Santos. Por me darem todo apoio e amor, eu me inspiro em vocês!

Agradeço aos meus amados sobrinhos Marcos Vinicius de Carvalho, Anita Passos Coutinho Gaspar e Cecília Passos Coutinho Gaspar. Vocês fazem todos os meus dias valerem a pena.

À Natália Passos Coutinho. Por integrar tão lindamente essa família com sua alma pura e doce.

A Nelly Maura Pereira Luiz. Por me ensinar suas teorias sobre tudo e por caminhar passo a passo nessa jornada comigo, você fez meus dias mais divertidos, amiga.

Ao meu querido orientador, Orlando Celso da Silva Neto. Por ser tão solícito e compreensivo. Admiro sua atuação profissional.

Finalmente, agradeço aos amados tios, Ilma Gaspar e Joel Correa da Rosa. Por me dedicarem tanto amor e carinho, sem nunca pedirem nada em troca e a todas as pessoas que de alguma forma contribuíram para a minha formação, que vibraram comigo pelas minhas conquistas. Obrigada.

RESUMO

A presente monografia trata, em apertada síntese, da extrema vantagem como requisito a ser preenchido no momento do pedido de resolução por onerosidade excessiva, previsto no art. 478 do Código Civil de 2002. Para tanto, é traçado um paralelo histórico da construção teórica que permeia o instituto, inicialmente com a cláusula “*rebus sic stantibus*”, passando pela teoria da imprevisão e, posteriormente, com a teoria da alteração das circunstâncias. Nesse mesmo sentido, o trabalho elenca os princípios informadores do direito contratual e a sua importância como fornecedor de critérios de aplicação da resolução por onerosidade excessiva na busca da realização da justiça contratual. Posteriormente, destaca os elementos de aplicabilidade do instituto, fazendo-se a conceituação doutrinária de sua aplicabilidade e de seus efeitos. Por fim, é exposto o conceito de extrema vantagem e sua posição como um dos requisitos a serem preenchidos no pedido de resolução por onerosidade excessiva, o entendimento doutrinário acerca da exigibilidade da concomitância entre extrema vantagem e onerosidade excessiva, bem como o Projeto de Lei nº 6.960/2002 que propõe nova redação ao mencionado artigo.

Palavras-Chave: Resolução por onerosidade excessiva - Extrema vantagem – Projeto de Lei nº 6.960/2002.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. ASPECTOS GERAIS ACERCA DOS CONTRATOS, CONTRATOS DE EXECUÇÃO DIFERIDA E RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA.	12
2.1.ORIGEM HISTÓRICA DOS CONTRATOS, CONCEITUAÇÃO DE CONTRATO, NATUREZA JURÍDICA, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E PRESSUPOSTOS DE VALIDADE	12
2.2.EVOLUÇÃO HISTÓRICA E FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA TEORIA DA IMPREVISÃO	14
2.3.ONEROSIDADE EXCESSIVA – A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS	17
2.4.PRINCÍPIOS INFORMADORES DA TEORIA DA IMPREVISÃO – A MUDANÇA DE PARADIGMA	19
2.4.1.A OPERABILIDADE	21
2.4.2.A ETICIDADE MANIFESTADA PELO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.	22
2.4.3.A SOCIALIDADE - A TEORIA DA CONFIANÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	26
2.4.4.AUTONOMIA DA VONTADE	27
2.4.5.PACTA SUNT SERVANDA - FORÇA OBRIGATÓRIA.	28
2.4.6 RELATIVIDADE DAS CONVENÇÕES.....	29
2.4.7 EQUILÍBRIO CONTRATUAL.	29
2.4.8 FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS.	31
3. ELEMENTOS DE APLICABILIDADE DA IMPREVISÃO SOB A ÓTICA DA RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA (A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS).....	33
3.1.DO CONCEITO DE CONTRATO	33
3.2.ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E PRESSUPOSTOS DE VALIDADE	35
3.3.CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS AOS QUAIS APLICA-SE A ONEROSIDADE EXCESSIVA	36
3.3.1 CONTRATOS DE EXECUÇÃO CONTINUADA OU DIFERIDA.	36
3.3.2 FATO EXTRAORDINÁRIO E IMPREVISÍVEL.	40
3.3.3 PRESTAÇÃO EXCESSIVAMENTE ONEROSA.....	42
3.3.4 DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – EXTREMA VANTAGEM.....	44
3.4.REQUISITOS NEGATIVOS PARA O PEDIDO DE RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA.....	44
3.5.EXTINÇÃO POR RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA – EFEITOS.	46
3.6.REVISÃO OU RESOLUÇÃO - PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS	46
4. O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO REQUISITO PARA REVISÃO CONTRATUAL	48
4.1.O CONCEITO DE EXTREMA VANTAGEM.	48
4.2.O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO ELEMENTO COMPONENTE DO INSTITUTO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA.	50
4.3.A PROPOSTA DE NOVA REDAÇÃO DO ART. 478	54

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1. INTRODUÇÃO

Existem diversos mecanismos de intervenção judicial previstos na legislação brasileira, contudo, nosso objeto de estudo é o art. 478 do Código Civil que trata do instituto da resolução contratual por onerosidade excessiva. Ou seja, nos contratos de execução continuada e diferida, caso a prestação se tornar extremamente onerosa para uma das partes, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

Essa máxima vem como flexibilização do *pacta sunt servanda*, no intuito de adequar os contratos aos novos princípios constitucionais de equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Importa salientar que o instituto da onerosidade excessiva não deve prestar-se para contratação de forma irresponsável, socorrendo-se as partes dos princípios aqui estudados para se esquivar das obrigações assumidas, esvaziando as cláusulas contratuais de sua eficácia coativa.

Deve-se, portanto, adequar tão importante instituto aos novos princípios postos pela magna carta, bem como estabelecer critérios para balizar a aplicação da resolução por onerosidade excessiva na tentativa de reestabelecer o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, tendo em vista a enxurrada de pedidos de revisão contratual que tem sobrecarregado o judiciário.

Busca-se, por conseguinte, uma ponderação quando a possibilidade de prestação e contraprestação da obrigação encontra-se em extrema desigualdade, de forma a indicar elementos que venham balizar decisões futuras.

É indispensável para este trabalho monográfico o estudo esquematizado dos princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988 que são corolários aos princípios contratuais e que possam fundamentar o que aqui se pretende.

No texto constitucional, em seu art. 1º, encontramos o primeiro e o mais importante princípio do direito brasileiro que tem sido utilizado de forma indiscriminada – diga-se de passagem - que é o princípio da dignidade da pessoa humana e também em seu art. 3º, III, trazendo como objetivo fundamental a redução das desigualdades sociais que engloba o princípio da igualdade substancial.

Estes dois primeiros artigos buscam flexibilizar a ideia de que as partes são igualmente suficientes para contratar, ou seja, nas relações de consumo, por exemplo, já se sabe que o

poder econômico das empresas não se equipara ao poder econômico do consumidor gerando um desequilíbrio contratual, o que relativiza a autonomia para contratar.

O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor trazem consigo diversos artigos indicadores e consonantes com a Constituição tal qual o Princípio do Equilíbrio Econômico dos contratos presentes no art. 319 do Código Civil:

Art. 319: Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Assim também como o art. 478 enuncia:

Art. 478: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

E o art. 480:

Art. 480: Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Também no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º: São direitos básicos do consumidor:

[...]

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Destaca-se, pois, que os preceitos indicados na magna carta, bem como os que vieram com o Código Civil de 2002 e o CDC demonstram a necessidade de readequação dos paradigmas contratuais e dos entendimentos jurisprudenciais acerca da resolução ou revisão quando houver a onerosidade excessiva.

O tema mostra-se de extrema relevância, pois, como já citado, é recorrente o pedido de revisão contratual ou resolução pela excessiva onerosidade no judiciário brasileiro.

No intuito de valorizar o instituto, a proposta aqui é de delimitar critérios de análise dos contratos na busca do reestabelecimento do sinalagma econômico primitivo, tendo em vista a justiça contratual, além de apresentar um suporte teórico-doutrinário para evitar

intervenções equivocadas pelos magistrados, sempre em observâncias ao impacto social e ao custo econômico das decisões.

Desta forma, a presente monografia tem por escopo compilar os ditames legais e doutrinários, referente ao enriquecimento sem causa como requisito posto pelo novo código civil para resolução dos contratos. Ao fazê-lo, pretende-se refletir acerca das diversas correntes de pensamento que permeiam o instituto, esmiuçando-o.

A presente pesquisa será realizada através do método dedutivo, dado que partirá de estruturas mais gerais sobre a onerosidade excessiva, para se restringir a um aspecto mais específico dessa estrutura, qual seja, a extrema vantagem como requisito para o pedido de revisão contratual, e culminará em uma exposição doutrinária defendendo a alteração da redação restritiva do artigo e a apresentação do Projeto de Lei nº 6.960, de 2002, ainda em trâmite nas casas legislativas.

O método procedimental utilizado no estudo será o descritivo nos dois primeiros capítulos e em parte do terceiro capítulo e o método argumentativo no último item do terceiro capítulo.

A técnica de pesquisa será a bibliográfica, pois recairá sobre fontes legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais.

O referencial teórico é a teoria da imprevisão, que embasa historicamente a teoria da onerosidade excessiva.

2. ASPECTOS GERAIS ACERCA DOS CONTRATOS, CONTRATOS DE EXECUÇÃO DIFERIDA E RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA.

2.1 ORIGEM HISTÓRICA DOS CONTRATOS, CONCEITUAÇÃO DE CONTRATO, NATUREZA JURÍDICA, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E PRESSUPOSTOS DE VALIDADE

A evolução histórica do direito civil pode-se dizer que, na visão ocidental, tem como ponto de partida o Direito Romano. Não só porque é no Direito Romano que se observa a sistematização jurídica contratual, tema que pretendemos nos debruçar, mas também pelo fato de que as raízes do direito ocidental moderno estão arraigadas nas tradições romanísticas e que firmam-se num tripé com base em três obras da antiguidade: O corpus Aristotelicum- que representa o berço do pensamento científico e filosófico, A Bíblia e o Digesto Justiniano que é o legado no direito. (FONSECA; SEELAENDER, 2009)

Todavia, o direito moderno, de tradição romano-germânica na qual se inclui o Direito Brasileiro, tem como base histórica de formação o Direito Romano, o Direito costumeiro Medieval e o Direito canônico.

Importa destacar a influência romana e sua contribuição com o direito justinianeu que se dá pelo fato de ser o direito de uma sociedade economicamente mais complexa que a medieval e principalmente pela criação de instituições jurídicas concernentes ao direito de propriedade, direito das obrigações as quais atendem de maneira satisfatória às instituições liberais e individualistas contemporâneas. (WOLKMER et al., 2010)

Com a desintegração do Império Romano em 476 d.C. e "a necessidade de sobrevivência e defesa militar e a ausência de governo e de legiões romanas tornaram possível e necessária a instituição de um sistema senhorial, no qual encontramos as origens do que mais tarde veio a ser chamado de feudalismo" (WOLKMER et al. apud LEVY, 2010, p.139).

A idade média foi caracterizada por uma economia essencialmente agrícola e que atendia praticamente ao consumo imediato. O poder era advindo de autoridade religiosa que determinava o modo de viver e de pensar da sociedade medieval, esta que demonstrava desprezo aos povos semíticos justamente pela sua ligação com o capital e a usura, bem como pela sua excomunhão do cristianismo. (PAZZINATO; SENISE, 1992)

Nesse mesmo sentido, os ideais cristãos pregavam o desapego às riquezas e a relativização da exigibilidade dos pactos quando por forças externas deixam de ser absolutos, fundados nos princípios da caridade e da bondade.

O movimento de arroteamentos da idade média absorveu o excedente de mão de obra e ampliou as áreas produtivas gerando um excedente agrícola e fazendo renascer a atividade comercial, tendo sua atividade intensificada com as cruzadas, o que gerou grande circulação de riquezas. (PAZZINATO; SENISE, 1992)

Com a expansão territorial mercantilista – econômica e marítima – o capitalismo precisava afirmar-se, fortalecendo e centralizando o poder político, o que culminou na Revolução Francesa de 1789, a reapropriação de conceitos jurídicos romanos adaptou-se historicamente às expectativas favorecendo o fortalecimento de um poder central, permitindo o surgimento de uma ordem liberal e individualista.

Desta forma, a ideologia cristã, que influenciou fortemente o feudalismo pregando a vedação à usura e ao anatocismo, é paulatinamente expurgada do panorama europeu. A ascensão da burguesia trouxe consigo um novo cenário econômico, pautado nos interesses individuais e no capital. Consequentemente, a intervenção religiosa nos assuntos econômicos não mais servia aos interesses comerciais da burguesia, visto que impediam a expansão capitalista. Com isso os contratos passam a ser sacralizados com a máxima do *Pacta Sunt Servanda* e o princípio da autonomia, impregnados por uma ideia de honra e dignidade. (RODRIGUES JUNIOR, 2006)

Todavia, com o advento da Primeira Guerra Mundial, instaurou-se um período de instabilidade diante da impossibilidade do cumprimento das obrigações – principalmente as de trato sucessivo - que só poderiam ser cumpridas com a ruína dos devedores, gerando grande desequilíbrio entre os contratantes.

Nesse contexto de insegurança, o direito deparou-se com a missão de reestabelecer um novo critério de reajuste entre os ônus dos contratantes, mantendo a estabilidade das relações jurídicas. Dessa forma, renasce a cláusula *rebus sic stantibus* elaborada pelos pós-glosadores e que, segundo Rodrigues (2004, p.28), "[...] espousa a ideia de que todos os contratos dependentes de prestações futuras incluíam cláusula tácita de resolução, se as condições vigentes se alterassem profundamente. [...]".

A cláusula *rebus sic stantibus* consolidou-se na modernidade em 1918 com a Lei Failliot elaborada na França, restaurando o princípio de que "a execução de um pacto pode ser tangenciada pela superveniência de fatores imprevistos, implicando a revisão das relações contratuais" e relativizando o *pacta sunt servanda* de sua intangibilidade e transformando a

autonomia da vontade em autonomia privada. (RODRIGUES JUNIOR, 2006) Outros sistemas legislativos adotaram tal instituto de maneira definitiva como o Código Civil Italiano de 1942 no art. 1.467.

No Brasil não havia dispositivo expresso que previsse a revisão judicial dos contratos, todavia, alguns preceitos esparsos tratavam da revisão de alguns contratos específicos como a previsão de revisão de alugueis de imóveis destinados a fins comerciais e industriais e que posteriormente teve sua aplicabilidade estendida a todas as locações, sejam comerciais ou residenciais. (RODRIGUES, 2004)

A antiga cláusula, ressuscitada como saída aos anseios liberais, na tentativa do reestabelecimento do sinalagma nas relações contratuais, ganha uma nova roupagem sobre a forma de teoria da imprevisão (que hoje é considerada como alteração das circunstâncias) e que emana ampla influência nos negócios jurídicos da qual trataremos mais tarde.

2.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA TEORIA DA IMPREVISÃO

Metodologicamente, a teoria da onerosidade excessiva está intimamente ligada à teoria da imprevisão. A primeira encontra-se dentro do campo de incidência da segunda, que, por sua vez, é ampla e abrange outros institutos como a lesão, inadimplemento em casos fortuitos e de força maior e a sua aplicabilidade no código de defesa do consumidor. No entanto, para fundamentação teórica deste trabalho, iremos nos ater mais na construção histórica da teoria da imprevisão e como ela influenciou o instituto ora estudado.

A referida teoria, segundo autores como Gagliano e Pamplona Filho (2006) e Rodrigues Junior (2006), encontra suas raízes já na antiguidade oriental, tendo em vista a complexa relação de trocas comerciais e acentuado desenvolvimento econômico o que permitiu que se constituísse certa técnica contratual.

A lei 48 do código de Hamurabi já traduzia em seus textos um caráter revisional:

Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d'água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano.

Já na antiguidade clássica, com o direito romano é possível encontrar em alguns fragmentos que convergem para a ideia da imprevisão, todavia, sem conter uma cláusula específica, o que faz com que alguns autores como Caio Mario da Silva Pereira (1992, p.

7/13) atribuíam exclusivamente ao “medievo as glórias por sua criação”. (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 36)

Nessa senda, já na idade média, a teoria da imprevisão com a escola dos pós-glosadores, inspirados no direito canônico e apoiados no *corpus iuris civilis*, elabora-se a cláusula *rebus sic stantibus*, que passa a ter uma construção mais concreta com BALDO de UBALDIS: “os contratos que têm trato sucessivo ou a termo ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas”. (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 39)

Todavia, a primeira formulação teórica acerca da cláusula *rebus sic stantibus* é atribuída à ALCIATO, da escola do humanismo jurídico e que passa a dar grande importância ao elemento vontade. Nesse sentido:

O jurista milanês, ao tratar da presunção de, no decorrer do tempo, permanecer igual a vontade de um sujeito, afirma que essa presunção deve ser entendida sob o princípio *REBUS SIC STANTIBUS*. A partir disso, ele procura definir esse princípio, distinguindo em quais atos de vontade e sob quais circunstâncias se alterariam. (MORAES, 2001, p.56/57)

Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2012), em artigo sobre a onerosidade excessiva, no livro *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais da Série GVlaw*, considera que cláusula *rebus sic stantibus*, em síntese, trata de uma cláusula implícita a todo contrato de longa duração, sendo que seu cumprimento estaria sujeito a uma permanência dos fatos quando da época em que se formou o vínculo negocial, havendo a alteração dos fatos, o prejudicado estaria desvinculado da obrigação. (FERNANDES, 2012)

Desta ideia, surge o conteúdo da *rebus sic stantibus* com a expressão *contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*.

Todavia, essa teoria sofreu duras críticas, primeiro por intuir que a cláusula estaria implícita a todos os contratos de longa duração, tendo em vista que, se as partes pretendessem que ali constasse essa previsão, deveriam tê-la colocado expressamente no contrato. Um segundo ponto seria o fato de que, caso houvesse previsão de uma cláusula que altere o que se tinha acordado, significaria que as partes tiveram a previsão do fato superveniente, o que seria contraditório, tendo em vista que o instituto trataria justamente dos fatos não previstos. (FERNANDES, 2012)

Com a Revolução Francesa e o liberalismo, que consolidou o ideal de autonomia da vontade como valor supremo, a cláusula *rebus sic stantibus* passa a perder importância, tanto

que o Código de Napoleão (1804), em seu art. 1.134, trouxe expressamente a intangibilidade dos contratos, consolidando a máxima do *pacta sunt servanda*¹.

Com o advento da Primeira Guerra Mundial e as graves crises econômicas que assolaram o continente europeu, a cláusula *rebus sic stantibus* passou a retomar o seu prestígio, porém, com novos contornos teóricos, mais precisamente com a teoria da imprevisão.

A teoria da imprevisão teve seu desenvolvimento teórico na França e exigia além da alteração dos fatos, que essa alteração não fosse previsível pelas partes. Inicialmente a teoria foi acolhida no âmbito do direito administrativo e só com a Lei de Faillot (1918) começou a ser aplicada no âmbito do direito privado.

Na Alemanha, a cláusula *rebus sic stantibus* ressurgiu com Bernard Windscheid, da escola Pandectista, com a teoria da pressuposição. Cardoso (2010, p.66) apud Menezes cordeiro:

A pressuposição pertence às auto-limitações da vontade. A doutrina habitual enumera como fatos através dos quais uma vontade expressa se pode limitar a si própria, a condição, o termo e o modus. Penso que essa enumeração não é exaustiva e, designadamente, que no lugar do modus deve ser colocada a pressuposição. Pode-se considerar a pressuposição uma condição não desenvolvida. Com isso que dizer-se eu a relação jurídica originada através da declaração de vontade é feita depender de um certo estado de coisas. (...) Assim, se o estado de coisas pressuposto não existir, ou não se concretizar, ou deixar de existir, relação jurídica constituída através da declaração de vontade não se mantém a não ser sem, ou melhor, contra a vontade do declarante (...). A pressuposição é uma condição não desenvolvida (uma limitação da vontade que não se desenvolve para condição). O interessado só pode alegar a pressuposição (...) quando da sua declaração de vontade se possa reconhecer que sob a sua declaração da vontade está numa outra, a verdadeira, isto é, quando, na sua declaração de vontade, o motivo se tenha elevado a pressuposição. (MENEZES CORDEIRO, 1984, p.970)

Paul Oertmann, em 1921, retomou a pressuposição e desenvolveu a teoria da base do negócio jurídico, considerando esta:

[...] a representação mental de uma das partes no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida em sua totalidade e não rechaçada pela outra parte, ou, a comum representação das partes sobre a existência de certas circunstâncias e a partir das quais se fundamentou a vontade negocial. (LARENZ, 2002, p. 05)

¹ Art. 1.134: Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

No mesmo sentido, Larentz (1958, p.211) retoma essa teoria com um caráter mais objetivo, havendo a quebra da base objetiva do negócio, haverá a possibilidade de revisão ou resolução contratual, quando em razão de um fato superveniente à sua celebração, ocorrer a frustração da finalidade essencial do contrato ou a destruição da sua relação de equivalência econômica. (FERNANDES, 2012)

O Direito Italiano, por sua vez, adotou a questão da imprevisibilidade do fato e desenvolveu a teoria da onerosidade excessiva, dando ensejo ao pedido de resolução ou revisão contratual, positivado no Codice Civile de 1942 e que, posteriormente veio a influenciar a adoção da teoria pelo direito brasileiro.

No Brasil, ainda que não houvesse previsão estrita quanto à onerosidade excessiva até o código civil de 2002, algumas leis esparsas já comportavam normas revisionistas, como o Decreto-Lei n. 24.150/34, a chamada “lei de luvas”, posteriormente revogado pela lei de locações, o Decreto-Lei n. 2.300/86 que possibilitou a revisão de contratos administrativos, Lei de licitações (8.666/93), Código de Defesa do consumidor, bem como diversos artigos do Código de 1916.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro só teve uma cláusula geral da onerosidade excessiva com a chegada do código civil de 2002, inspirado no art. 1.467 do Código Civil italiano, porém, no ordenamento jurídico pátrio o instituto é mitigado pelo requisito de extrema vantagem para outrem.

2.3 ONEROSIDADE EXCESSIVA – A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Após essa digressão histórica acerca da teoria da imprevisão, cumpre ressaltar que, não podemos enxergar a onerosidade excessiva somente pela alteração da base objetiva ou da excessiva onerosidade, mas sim pela alteração das circunstâncias em face do princípio do equilíbrio contratual.

A teoria da imprevisão cede espaço ao princípio do equilíbrio contratual, baseado na correção jurídica e fática (se possível) do contrato, ou, em caso extremo, em sua resolução, preservando-se as prestações já exauridas. A alteração das circunstâncias passaria a ser o elemento objetivo desse fenômeno, não se exigindo ganho exagerado de uma das partes, mas apenas o reestabelecimento do sinalagma primitivo, mediante a aplicação de princípios e da interpretação dos contratos. (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 145)

Para que se possa delimitar o que seria objetivamente a alteração de circunstâncias, há a necessidade de que a interpretação contratual seja realizada através dos princípios contratuais, tanto os antigos relacionados à autonomia privada, quanto os novos que inspiraram toda a concepção do novo código civil, como a boa-fé objetiva, o equilíbrio contratual e a função social do contrato.

A boa-fé objetiva, como aludido, exerce função integrativa fornecendo elementos interpretativos quando da análise da intenção dos contratantes, desempenhando uma tripla função. Nas palavras de Azevedo (2011, p. 11):

Essa tripla função existe na cláusula geral de boa-fé, porque justamente a ideia dessa cláusula no contrato é ajudar na interpretação do contrato, *adjuvandi*, suprir algumas de suas falhas, acrescentar o que nele não está incluído *supplendi* e eventualmente corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido de justo *corrigendi*. Esse é o papel da cláusula de boa-fé nos contratos feitos.

No que se refere ao equilíbrio contratual, ao qual Noronha (1994, p. 220) atribui à justiça contratual, não seria uma mera equivalência matemática. Segundo o autor, trata da “relação de paridade, ou equivalência, que se estabelece nas relações de troca, de forma que nenhuma das partes dê mais nem menos do valor que recebeu”.

Nesse passo, Noronha (1994) distingue justiça formal, como sendo a posição igualitária no momento de contratar e que ele chama de igualdade de oportunidades, da justiça substancial ou material, que basicamente se revela no equilíbrio das partes entre o benefício que recebem e o sacrifício que assumem. Uma segunda distinção seria com relação à justiça substancial objetiva e subjetiva:

[...] do ponto de vista subjetivo, seria necessário que, na avaliação das partes, cada uma recebesse benefícios iguais ou maiores do que os sacrifícios que estivesse assumindo; do ponto de vista objetivo, será necessário que cada parte, em troca dos compromissos que assume, obtenha benefícios que contrabalancem, de forma adequada, isto é, aproximadamente equivalente, os seus encargos. (NORONHA, 1994, p. 221)

Quanto ao princípio da função social dos contratos, este, destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, preservando a coletividade ou um grupo de pessoas determinadas (AZEVEDO, 1998), teve sua previsão delineada pela Constituição Federal de 1988, bem como pelo CC/2002, no art. 421:

Art. 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Alguns autores, como Antônio Junqueira de Azevedo e Álvaro Villaça Azevedo, assinalam o equívoco da utilização de alguns termos no mencionado artigo, inclusive com propositura de mudança da redação pelo Projeto de Lei nº 6.960/2002. A primeira alteração refere-se à expressão “liberdade de contratar” que deve ser substituída por “liberdade contratual”, tendo em vista que a primeira significa capacidade de realizar o contrato, enquanto a segunda é o poder de discutir livremente o que será contratado.

Rodrigues Junior (2002) discorda desse pensamento, tendo em vista que ambas as expressões, corolárias à autonomia privada, tendem a uma utilização exagerada da supremacia da função social dos contratos.

Uma segunda alteração seria a supressão da expressão “em razão de”, no sentido que a função social do contrato não é a razão última do interesse das partes, não é “em razão” deste princípio que se contrata, a liberdade contratual é apenas limitada pela função social.

2.4 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA TEORIA DA IMPREVISÃO – A MUDANÇA DE PARADIGMA

É indispensável para este trabalho o estudo esquematizado dos princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988 que são corolários aos princípios contratuais e que possam fundamentar o que aqui se pretende.

Princípios, na voz de Silva (2011, p. 93), são "ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas". Ou seja, são os alicerces no qual as normas se apoiam, se inspiram e informam.

Os princípios são normas de valor genérico e que orientam a compreensão do ordenamento jurídico, condicionando-o ao conteúdo que enuncia, bem como sua aplicação e elaboração de outras normas. (REALE, 2003)

Corroborando com a ideia acima, Canotilho (2000) considera diversos critérios para distinguir princípios de regras, por exemplo, quanto ao grau de abstração. Para o autor, os princípios têm um alto grau de abstração, enquanto as regras têm seu grau de abstração reduzido. Em consequência disto, aduz que as regras são mais precisas e têm aplicação direta e os princípios, por sua vez, são vagos e indeterminados, necessitando de intervenções que o concretizem, têm padrão juridicamente vinculante, estabelecidos em função dos conceitos de justiça e do próprio direito.

Dworkin (2002, p. 36) conceitua princípio como sendo todo conjunto de padrões que não são regras e diferencia princípios de “política”. Política, para o autor, é um padrão que

estabelece um objetivo a ser alcançado e que visa uma melhoria econômica, social ou política, enquanto os princípios, numa acepção mais específica que a primeira, é denominado como um padrão que deve ser observado não para promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social melhorada mas porque “é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados o fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002, p. 39)

Outra diferença entre princípios e regras é feita por Dworkin (2002, p. 42-43) quando se tem princípio que conflitam com outros princípios e regras que conflitam com outras regras. Para o autor, a colisão entre princípios se resolve pelo seu peso ou sua importância, devendo levar em conta a “força relativa de cada um”, enquanto as regras, quando postas em conflito, são resolvidas no plano de validade (hierarquia).

Na visão de Alexy (1998), tanto as regras quanto os princípios podem conceber-se como normas, sendo que considera também como critério de distinção não somente o grau de abstração entre ambos, mas também qualitativa. Os princípios seriam mandados de otimização, enquanto que, as regras têm mandatos definitivos. Sendo esse o principal ponto de distinção entre ambos. Nesse mesmo sentido, o autor afirma que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado da melhor maneira possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, orientando-se por outras regras e até mesmo por princípios opostos. Nas palavras do autor:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla. (ALEXY, 1998, p. 143/144)

Segundo preceitua Negreiros (2002, p. 278):

Princípios são normas que, em um sistema fundado formal e materialmente na Constituição, têm função integrativa de todo o ordenamento, em conformidade, precisamente, com a Lei Fundamental. A generalidade e o caráter fundante, características atribuídas aos princípios, são analisadas como critérios de distinção entre estes e as regras: diferentemente das regras, os princípios, porque genéricos e fundantes tem a função de fazer do ordenamento jurídico um sistema, na medida em que viabilizam uma interpretação conducente à unidade interna e à adequação valorativa do direito positivo. (NEGREIROS, 2002, p. 278)

Desta forma, é possível concluir que os princípios fornecem diretrizes que visam a correta interpretação de uma norma em harmonização com o espírito de cada sistema ou conforme Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 55), pairam sobre toda a legislação “dando-lhe *significado legitimador e validade jurídica*”. (grifo do autor)

Conforme destaca Miguel Reale (1975), coordenador do novo diploma civil, o direito contratual como um todo deve ser interpretado à luz de uma nova ordem ideológica trazida pelo Código Civil de 2002, que rompeu com o código revogado, e que firma-se em valores como os da eticidade que se manifesta através do princípio da boa-fé, o Princípio da Operabilidade e o Princípio da Socialidade.²

2.4.1 A OPERABILIDADE

Quando da exposição de motivos do novo código, Reale (1975, p. 15) destacou a importância de um código que “além de fixar as linhas ordenadoras do sistema, firma os princípios ético-jurídicos essenciais” e que, por sua vez, torna um elemento indispensável da hermenêutica e da aplicação do direito, principalmente quando um código - que é o caso do novo código civil brasileiro - se edifica em imperativos de socialidade e concreção. É o risco que se corre quando a socialização do direito gera a perda de direitos individuais e dos grupos e a concretude resida em características transpessoais aos atos humanos, fundamentando, desta forma, a importância de um código dinâmico e com uma “unidade superior de sentido ético”.

² Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Doutor Miguel Reale, datada de 16 de Janeiro de 1975. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj_9.pdf. Acesso em: 15 abril 2015.

É nesse sentido que Reale (1975, p. 17) justifica a importância da operabilidade de um código, referindo-se à técnica para uma melhor aplicação do direito:

Tal compreensão dinâmica do que deva ser um Código implica uma atitude de natureza operacional, sem quebra do rigor conceitual, no sentido de se preferir sempre configurar os modelos jurídicos com amplitude de repertório, de modo a possibilitar a sua adaptação às esperadas mudanças sociais, graças ao trabalho criador da Hermenêutica, que nenhum jurista bem informado há de considerar tarefa passiva e subordinada. Daí o cuidado em salvaguardar, nas distintas partes do Código, o sentido plástico e operacional das normas, conforme inicialmente assente como pressuposto metodológico comum, fazendo-se, para tal fim, as modificações e acréscimos que o confronto dos textos revela. (REALE, 1975, p.17)

Desta forma, os conceitos indeterminados fornecem elasticidade ao ordenamento permitindo uma interpretação das normas em consonância com as mudanças culturais, sociais e econômicas. Esses conceitos são nada mais que cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados e que devem ter seu conteúdo fixado diante do caso concreto e em função dos princípios os quais regem o novo código como a boa-fé, a função social dos contratos e os bons costumes, princípios estes que refletem os valores constitucionais. (FERNANDES, 2012)

Nessa mesma senda, Teresa Ancona Lopes, em artigo sobre os princípios contratuais, para a série *GVlaw*, afirma que a completude do ordenamento se dará no momento de interpretação e aplicação das normas abertas e das cláusulas gerais, resultando, daí, um produto da declaração de vontade do legislador e da declaração de vontade do juiz (que integra e preenche o sistema) gerando uma norma. (FERNANDES, 2012)

Conclui Reale (1975, p. 9):

O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais e abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com freqüente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações etc., o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma concepção mecânica ou naturalística do Direito, mas este é incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático. A “exigência de concreção” surge exatamente da contingência insuperável de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais “in fieri. (REALE, 1975, p.9)

2.4.2 A ETICIDADE MANIFESTADA PELO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.

Ainda no sistema de valores em que se alicerçou o novo código, a eticidade, manifestada pelo princípio da boa-fé, da correição, da lealdade e probidade, delimita a

atuação das partes na efetivação da justiça contratual. Na concepção de Noronha (1994, p. 136), este princípio tem por finalidade a “tutela das legítimas expectativas da contraparte, para garantia da estabilidade e segurança das transações”.

O princípio da boa-fé como regra de conduta e limitador da liberdade contratual, atingiu seu ápice com o Direito Alemão que lhe consagrou preceitos específicos, muito embora o código de Napoleão já o tenha previsto em seu art.1.134. No ordenamento pátrio, por sua vez, o princípio como regra geral de comportamento aparece inicialmente com o código de defesa do consumidor e só é consagrado com o código civil de 2002, que no art. 422 determina:

Art. 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Antes de se partir para a análise do artigo supracitado, é importante destacar que, na leitura literal do artigo poderíamos interpretar que a boa-fé não precisaria ser observada na fase pré-contratual. Contudo, o Conselho da Justiça Federal, na III jornada de n. 170, estabeleceu que “a boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”, sanando qualquer dúvida acerca da interpretação extensiva do art. 422.

Feita a ressalva, partimos para a análise do art. 422. A boa-fé objetiva encontra seu fundamento constitucional na cláusula geral da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), assim como no objetivo fundamental da República (art. 3º, I), que determina que a República é uma sociedade livre, justa e solidária, sendo a solidariedade o objetivo que fundamenta a boa-fé.

Salienta-se que o princípio jurídico da boa-fé a que estamos nos referindo, trata-se da boa-fé objetiva, que, na concepção de Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 117) é um conceito jurídico indeterminado e “consiste em uma verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica”, ainda que tenha como fundamento uma regra moral.

Noronha (1994) destaca que a boa-fé como princípio é a boa-fé objetiva ou como o autor designa, lealdade ou confiança. É o dever de agir conforme determinados padrões, socialmente recomendados, padrões de correção, de lisura e honestidade, no intuito de não frustrar a confiança legítima da outra parte com o qual se contrata. Desta forma, existem dois elementos, o primeiro refere-se à confiança e o segundo o dever de conduta de outrem.

Nesse sentido, Noronha (1994) considera que o princípio da boa-fé tem como principal campo de aplicação o direito das obrigações, mais especificamente o direito

contratual e destaca a importância da boa-fé na construção de diversas teorias. Dentre elas, a teoria de Jhering fundada na culpa, hoje conhecida como responsabilidade pré-contratual.

O autor não concorda com o entendimento de grande parte da doutrina que a boa-fé abrange a justiça contratual, mas não nega a presença do princípio na resolução por onerosidade excessiva, nas teorias da imprevisão e da base negocial.

Para Noronha (1994), o princípio da boa-fé objetiva assegura a tutela de ordem, melhor significada pela segurança, uma vez que é essencial para a satisfação das expectativas dos contraentes na realização das finalidades de produção e distribuição de bens e serviços, com base na confiança de que o compromisso contraído será cumprido, protegendo o interesse particular do credor em ver seu acordo satisfeito.

Observa-se, como apresentado, a proteção que a lei garante na tentativa de assegurar a satisfação daquilo que foi contratado entre as partes.

Reale (1975, p. 15) na exposição de motivos do anteprojeto deixou claro que “a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade” e que o conceito desse princípio (boa-fé) somente surgirá quando da subsunção dos fatos às normas, o que o autor chama de “concreteza”.

Isso significa que o novo código trabalha com cláusulas abertas e que, portanto, a construção conceitual será fruto de duas declarações de vontade, a do legislador e a do juiz. Isso implica em um conceito flexível e num direito que se atualiza constantemente, adaptando-se às necessidades do caso concreto.

Outro ponto importante acerca da boa-fé é o fato de que, conforme o parágrafo único do art. 2035 do código civil, nas disposições transitórias, “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Ou seja, é uma norma de ordem pública e que, por consequência, deverá ser observada e aplicada *ex officio* pelo juiz, que poderá modificar (quando necessário), corrigindo ou suprimindo o contrato segundo a boa-fé objetiva. O núcleo de estudos do Conselho da Justiça Federal³ na I jornada de Direito Civil, elaborou enunciado nesse sentido:

³ O Conselho da Justiça Federal, por meio do seu Centro de Estudos Judiciários – CEJ, dentre os serviços que presta ao aperfeiçoamento da Justiça Federal, tem promovido as Jornadas de Direito Civil, desde 2002. O objetivo é reunir magistrados, professores, representantes das diversas carreiras jurídicas e estudiosos do Direito Civil para o debate, em mesa redonda, de temas sugeridos pelo Código Civil de 2002 e aprovar enunciados que representem o pensamento da maioria dos integrantes de cada uma das diversas comissões (Parte Geral, Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito de Empresa, Responsabilidade Civil e Direito de Família e Sucessões). Disponível em:

Enunciado 26. Art. 422: A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

Noronha (1994) aponta três comandos principais da boa-fé objetiva.

A primeira é a função interpretativa, prevista pelo art. 113 do CC/02, cujas partes deverão proceder de acordo com a boa-fé ao determinar as estipulações contidas nos contratos. Ou seja, a conduta obrigatória entre os dois contratantes. Salienta-se que, a teoria adotada pelo novo código na interpretação dos contratos tem como base a teoria da confiança fundamentada na boa-fé dos contratantes, tendo em vista a expectativa de lealdade que as partes criam entre si no cumprimento daquele contrato:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Poderia causar certa estranheza o fato de que o art. 112 ter uma redação que, em sua interpretação literal poderia dar a entender que os contratos deveriam ser interpretados segundo a teoria da declaração:

Art. 112: Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Todavia, Tereza Ancona Lopez (2012, p.60) adverte que “essa intenção consubstanciada no texto negocial vem das declarações das partes e essas declarações não podem ser contra a boa-fé objetiva”, além de que a teoria adotada pelo código é a da confiança e conforme o enunciado 27 da I Jornada do Conselho da Justiça Federal, “na interpretação da cláusula geral de boa-fé deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”. (FERNANDES, 2012)

A segunda é a função integrativa, que tem uma visão sistêmica da relação obrigacional, ou seja, os direitos e deveres das partes não são apenas os estipulados pelo contrato ou se findam com a prestação deste, pois o princípio da boa-fé “impõe a observância de outros deveres de conduta”. A principal função integrativa da boa-fé é a de limitação do princípio da autonomia privada.

A terceira e última função do aludido princípio, segundo o autor, é o controle, denominado de função limitadora dos direitos subjetivos o qual encontra seu fundamento no art. 187 do CC:

Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O artigo supramencionado caracteriza, por conseguinte, o abuso de posição jurídica ou o abuso do exercício de direitos, fundado na lealdade entre os contratantes.

O abuso de direito, desta forma, caracteriza-se pelo “exercício anormal de um direito”, o que pode gerar uma pretensão do prejudicado através de indenização por danos ou cessão de prática de ato abusivo. (GOMES, 1995, p. 31)

Rodrigues Junior (2006, p. 115) acentua que “não é possível identificar o abuso do direito com a imprevisão”, já que, nesses casos, as partes não têm o intuito de agir em desacordo com a boa-fé ou à equidade contratual, sendo atingida apenas pela ocorrência de circunstâncias que alteram execução dos contratos e que são alheias as suas vontades.

[..] é perceptível, então, a impertinência lógica entre o abuso e a imprevisão, ressaíndo-se esta última como instrumento de economia dos contratos, de molde a restabelecer seu equilíbrio (concepção mais atual) ou liberar o contraente oprimido pela alteração das condições da execução. (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p.116)

Decorrem dessa vedação as figuras do *surrectio* e *supressio*, do *venire contra factum proprium*, da lesão positiva do contrato e do adimplemento substancial contratual.

2.4.3 A SOCIALIDADE - A TEORIA DA CONFIANÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Resta evidente o caráter social e a prevalência dos valores coletivos em detrimento dos valores individuais do novo diploma civil, à medida que, desapega-se de uma tendência patrimonialista e passa-se a reconhecer como valor fundante a dignidade da pessoa humana, princípio que prevalece ao valor patrimonial. (FERNANDES, 2012)

Cumpre ressaltar que, com essas premissas destacadas, houve uma flexibilização da ideia de que as partes são igualmente suficientes para contratar. Ou seja, nas relações de consumo, por exemplo, já se sabe que o poder econômico das empresas não se equipara ao poder econômico do consumidor gerando um desequilíbrio contratual, o que relativiza a autonomia para contratar.

Como destacado anteriormente, o direito contratual no código civil de 2002 adotou, portanto, a teoria da confiança, dando papel de destaque ao destinatário (de boa-fé) da declaração, não sendo mais a intenção íntima das partes o que interessa na análise contratual.

É possível concluir que o código civil de 2002, ao adotar esses novos valores aqui delineados passou a se expressar não somente através dos princípios clássicos, mas também de princípios com caráter social, como o princípio do equilíbrio contratual, da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, que permeiam todo o direito contratual e que se falará a seguir.

2.4.4 AUTONOMIA DA VONTADE

É consabido que a autonomia privada ou a autonomia da vontade é o princípio básico do direito contratual e tem, como corolário, o princípio da liberdade contratual.

Na lição de LARENTZ (1958) esse princípio nada mais é que “a possibilidade, oferecida e assegurada aos particulares, de regularem suas relações mutuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, em especial mediante contratos”. Ou seja, a autonomia privada nada mais é que autorregulação dos próprios interesses e que cria direito entre as partes envolvidas (o contrato faz lei entre as partes).

Logo, o contrato é um ato de autonomia privada que cria regras de dever-ser, regras de conduta, concluindo-se que a autonomia privada nada mais é que a liberdade de contratar, de emitir regras que devem ser obedecidas por quem as emitiu (visão Kantiana de que a moral do homem está em guardar as regras que ele impôs a si mesmo).

Contudo, seus efeitos decorrem do próprio contrato e não exatamente da vontade dos contratantes, tendo em vista ser a vontade apenas um fato social a qual serve de via de acesso para o estabelecimento do negócio jurídico.

Este princípio fundamenta-se sobre três aspectos principais:

- a) Liberdade de contratar ou não;
- b) Liberdade de com quem contratar;
- c) Liberdade de fixar o conteúdo a ser contratado.

Todavia, essas liberdades sempre sofreram limitações de caráter geral sendo cerceada pelos bons costumes (regras de comportamento social) e pela ordem pública - incluindo-se todas as normas de Direito Público e normas imperativas do direito privado.

2.4.5 PACTA SUNT SERVANDA - FORÇA OBRIGATÓRIA.

O princípio da força obrigatória decorre da autonomia de vontade, pois, uma vez que as partes acordam entre si, aceitam submeter-se às regras impostas por elas mesmas, bem como as regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Isso gera para os envolvidos uma lei imperativa.

Por consequência, o contrato cria lei entre as partes, desde que observados os pressupostos e requisitos de validade, devendo ser cumprido. É dessa força obrigatória que decorre a segurança das relações negociais o que é de grande relevância econômica e social, pois confere força jurídica às declarações emanadas pelos contratantes.

Para Teresa Ancona, em artigo publicado no livro Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais, organizado por Wanderley Fernandes (2012, p. 35), este princípio “tem como corolário a pontualidade no cumprimento das obrigações criadas do vínculo negocial, a irrevogabilidade do vínculo e a intangibilidade do seu conteúdo”.

Como destacamos anteriormente, este princípio vem sendo mitigado, tendo em vista que em seu caráter absoluto pode torná-lo instrumento de opressão econômica e social diante das disparidades do poder contratual entre as partes mais frágeis e as partes mais fortes economicamente, como asseverou Roppo (1998).

Nesse mesmo sentido, os novos princípios mencionados acima, surgiram como instrumento de realização da justiça contratual, mitigando e relativizando a ideia de que os contratos devem ser sempre cumpridos. Isso dá ensejo para a teoria que se pretende analisar.

Considerando que, apesar de os contratantes terem se vinculado por livre e consciente vontade, estando submetidos à força imperativa do que estabelecido por eles, a declaração por eles manifestada não impede que, no decorrer da execução do contrato, incidam fatos externos e supervenientes que não podiam ser previstos pelas partes. Destarte, como consequência desses fatos a execução do contrato se torna extremamente onerosa para uma das partes ou impossibilidade de cumprimento. É nesse contexto, visando à manutenção do equilíbrio e o restabelecimento do sinalagma contratual, que surge a teoria da imprevisão.

A teoria da imprevisão, a qual será abordada no capítulo seguinte, e que ganha nova roupagem com o instituto da resolução da onerosidade excessiva será o grande instrumento de realização da justiça contratual, uma vez que, configurados os pressupostos da teoria, considerando a quebra do sinalagma ou da base econômica contratual, a parte que foi

prejudicada poderá ingressar em juízo pleiteando a revisão ou resolução do contrato conforme o previsto nos arts. 478 a 480. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006)

Há a relativização desse princípio em face dos novos preceitos adotados pelo código civil de 2002, devendo preferir essa cláusula quando “por razão de justiça, as condições econômicas da execução do contrato forem similares às do tempo de sua celebração”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 40)

2.4.6 RELATIVIDADE DAS CONVENÇÕES.

Como já explicitado anteriormente, o novo código optou pela adoção de valores sociais, protegendo o interesse da coletividade em detrimento dos interesses privados. Essa afirmação respalda-se no princípio da limitação do contrato pela sua função social, positivado pelo art. 421 do CC.

Pretende-se dizer que não se pode enxergar a relação contratual como um fato jurídico que vincula somente as partes as quais manifestaram sua vontade, mas sim, um fato social que repercute nos interesses de toda a coletividade, como nos contratos de massa ou os tutelados pelo código de defesa do consumidor.

Desta forma, é importante destacar que o contrato é oponível a todos que aceitam a sua existência e no que diz respeito à relatividade e efeitos desse negócio jurídico se dará apenas entre os contratantes, todavia, devendo ser respeitada sua função social não podendo seus efeitos respingar negativamente em terceiros.

2.4.7 EQUILÍBRIO CONTRATUAL.

Este princípio tem por finalidade a realização da justiça contratual que é, nas palavras de Noronha (1994, p. 216/217) “a relação de paridade, ou equivalência, que se estabelece nas relações de troca, de forma que nenhuma das partes dê mais nem menos do valor que recebeu”. Nesse sentido, a justiça contratual é a contraposição entre direitos e obrigações de maneira equitativa nos contratos comutativos ou sinalagmáticos.

Logo, o contrato justo é aquele que confere a cada uma das partes o benefício adequado aos sacrifícios que assumiu, gerando vantagens equivalentes para ambos os contratantes, sendo através desse equilíbrio de prestações que se dará a realização da função social do contrato.

Para além dessa equivalência entre prestação e contraprestação, Noronha (1994) apresenta ainda mais um princípio destacado por Larentz (1978) que, segundo o autor é de grande alcance. Este princípio trata da distribuição equitativa entre ônus e riscos e que visa o equilíbrio entre benefícios e encargos.

Quando há uma quebra do sinalagma contratual, há um desequilíbrio econômico, o que gera diversas situações jurídicas que repercutem social e economicamente e que trazem grande insegurança. Como consequência, as partes, na tentativa da realização do fim do contrato apelam para a renegociação ou revisão. Todavia, o desequilíbrio pode se dar de tal monta que se torna insuportável o cumprimento das obrigações assumidas, sendo que a realização da obrigação poderá levar a parte obrigada à insolvência.

Para Rodrigues Junior (2006), a impossibilidade econômica pode ser vista sob dois aspectos, sendo o primeiro o empobrecimento superveniente do contratante e o segundo alteração da realidade econômica. Segundo o autor, nenhuma dessas hipóteses merece acolhimento na hora de se configurar a resolução por onerosidade excessiva no direito comum. Isto porque a superveniência de condições pessoais adversas condizentes ao patrimônio do devedor é inerente ao risco da atividade empresarial. Para tanto, existem outras figuras do direito, como a execução civil por quantia certa, recuperação judicial e extrajudicial, falência ou liquidação extrajudicial, todas previstas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Nesse mesmo sentido, a ruína econômica deveria ser invocada apenas nas relações consumeristas, devendo ser afastada no que toca o direito comum por ser contrário ao direito obrigacional vigente e gerar uma grave ameaça à segurança das relações jurídicas, na medida em que “a teoria da alteração das circunstâncias não pode ser um instrumento de subversão do contrato do princípio *pacta sunt servanda*”. (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 130)

A partir da quebra do sinalagma contratual surgem dois institutos que visam ao restabelecimento do equilíbrio negocial. O primeiro é caracterizado pelo rompimento do sinalagma genético e é um defeito do negócio jurídico. O vício se encontra na declaração de vontades onde uma das partes assume prestação desproporcional à contraprestação da outra, que é o caso de lesão (art. 157 do CC) e do estado de perigo (art. 156). O segundo, objeto deste trabalho, trata da quebra do sinalagma funcional do contrato, onde por fatos supervenientes e imprevisíveis resta impossibilitada a execução do contrato pela sua alteração substancial econômica, nos contratos de trato sucessivo.

A justiça contratual, portanto, seguindo os princípios do novo sistema de valores adotado pelo Código Civil de 2002, relativiza a máxima do *pacta sunt servanda*, e dá respaldo

à teoria da resolução por onerosidade excessiva, permitindo ao devedor o pedido de resolução do contrato ou, de maneira alternativa, a modificação equitativa das condições estabelecidas nos contratos.

2.4.8 FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS.

A ideia de função social dos contratos deve ser entendida a partir da transformação valorativa que o sistema jurídico contratual do direito pátrio sofreu e que tem como característica de destaque a socialização do sistema privatístico.

Nessa senda, não cabe mais interpretar o contrato apenas como uma relação individual, tendo em vista que o contrato não é somente instrumento de circulação de riquezas, mas também, um instrumento de desenvolvimento social, econômico, ambiental e cultural, ou seja, possui valor social.

Este princípio encontra seu fundamento na Constituição Federal de 88 e como asseverou Amaral (2000, p. 355) é um fenômeno de “funcionalização dos institutos do direito privado”, ou seja, é o papel que um determinado princípio desempenha no sistema.

Desta forma, os contratos devem observar a função social, não podendo esta ser considerada como simples parâmetro interpretativo, mas sim, como princípio que deve ser observado pelas partes ao celebrarem um contrato, levando em conta a utilidade econômica e social daquela relação negocial. É possível estabelecer que, nesse sentido, a ideia de contrato sofreu uma socialização. Atender à função social é atentar para a ideia de bem comum. É elevar os interesses da sociedade em detrimento do interesse dos particulares que venham a prejudicar a coletividade.

É o que impõe o art. 421 do CC:

Art. 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Não se pretende aqui dizer que o objetivo primário dos contratos deva ser a promoção do bem estar genérico. A função dos contratos é a econômica e visa regulação de interesses privados, devendo este princípio atuar apenas como limitador da autonomia privada, evitando que o contrato seja um instrumento de abuso de direito.

São os termos do enunciado 23, da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal:

Enunciado 23: A função social do contrato, prevista no art. 421 do Novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Gagliano e Pamplona Filho (2006) destacam que, na relação contratual, deverão ser observados, à luz da função social do contrato, os deveres jurídicos gerais e de cunho patrimonial assim como os deveres jurídicos *anexos* ou *colaterais*. Estes últimos derivados diretamente do sentido de socialização que acompanha o princípio da função social e que se destacam como deveres de informação, confidencialidade, assistência e lealdade, assim como a dignidade da pessoa humana.

Os contratos estão intimamente ligados à ideia de propriedade, portanto, se há mudança ideológica na interpretação do conceito de propriedade, haverá, por consequência, uma mudança na esfera contratual. O primeiro dispositivo que trata da função social dos contratos é o art. 5º, inciso XXIII, da CF/88 quando se refere que a propriedade deverá atender a sua função social e o art. 170 o qual impõe que os contratos estabeleçam uma ordem social harmônica.

Portanto, a função social do contrato interfere na autonomia privada, limitando o conteúdo dos contratos, havendo dispositivo expresso no Código Civil de 2002, considerando ato ilícito aquele cometido por quem exercer direito excedendo os limites de impostos pela finalidade econômica e social:

Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Destaca-se, pois, que os preceitos indicados na Magna Carta, bem como os que vieram com o Código Civil de 2002 e o CDC demonstram a necessidade de readequação dos paradigmas contratuais e dos entendimentos jurisprudenciais acerca da resolução ou revisão quando da onerosidade excessiva, isso porque o próprio código adota valores que se baseiam na justiça contratual com o restabelecimento do sinalagma contratual, na boa-fé objetiva e na função social dos contratos, como princípios que se contrapõem à velha máxima de que a declaração da vontade na hora da contratação deveria prevalecer sobre qualquer outro critério.

3. ELEMENTOS DE APLICABILIDADE DA IMPREVISÃO SOB A ÓTICA DA RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA (A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS).

Apesar de a evolução histórica da teoria da imprevisão ser o arcabouço para a construção do que se entende por onerosidade excessiva, esta, diferentemente daquela, foca-se mais precisamente na desproporção entre as contraprestações, deixando o elemento imprevisibilidade em segundo plano. Busca-se, portanto, analisar quais são os elementos de aplicabilidade da onerosidade excessiva.

3.1 DO CONCEITO DE CONTRATO

Explicitada a origem histórica do contrato, faz-se mister conceituá-lo enquanto instituto pertencente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o contrato não exerce apenas um papel de promoção da circulação de valores, mercadorias e serviços, mas, conforme preceitua Roppo (1988, p. 36), exerce também uma função ideológica. Segundo o autor, a função ideológica do contrato é dividida em contrato como "[...] instrumento técnico-jurídico de realização das operações econômicas – e o direito dos contratos – como conjuntos de regras legais e jurisprudenciais que definem a sua disciplina". Para o autor, as doutrinas, jurisprudências e os princípios não traduzem fielmente as funções e os papéis realmente assumidos pela ideologia contratual, mascarado por uma ideologia que não a sua própria. Roppo (1988) lembra que, os princípios ideológicos firmados pela ciência jurídica e pelos legisladores do séc. XIX foram e são expressão de toda ideologia do direito burguês. Nesse sentido, quis referir-se a ideia de liberdade de contratar para os novecentistas decorrentes do pensamento jusnaturalista e do iluminismo, ideologia esta que nos faz intuir que:

A conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou com aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço. (ROPPO, 1988, p.28)

O que se pode entender do excerto acima é que o conceito ideológico liberdade de contratar é tendencialmente ilimitada e, portanto, implicaria uma responsabilidade ilimitada

pelos compromissos assumidos, tendo em vista à igualdade formal entre as partes e que cria vínculo concreto e equiparável à lei (*pacta sunt servanda*).

Entretanto, segundo o Autor, essa ideologia "cala e oculta" o que se pretende quando se fala em "igualdade jurídica dos contraentes" e de suas funções reais do modo de produção capitalista e de seus interesses, isto porque:

[...] a disparidade de condições economico-sociais existente, para além do esquema formal da igualdade jurídica abstracta dos contraentes, determina, por outras palavras, disparidade de poder contratual entre as partes fortes e partes débeis, as primeiras em condições de conformar o contrato segundo seus interesses, as segundas constringidas a suportar a sua vontade, em termos de dar vida a contratos substancialmente injustos: é isto que a doutrina baseada nos princípios de liberdade contratual e de igualdade dos contraentes, face à lei, procura dissimular, e é precisamente nisto que se manifesta a sua função ideológica. (ROPPO, 1988, p. 07).

Pereira (2009, p. 13) diz que a noção primária do negócio jurídico está no pressuposto de fato, que está em função da vontade e que tem como fundamento ético a vontade humana, devendo atuar em conformidade com a ordem jurídica e tendo como efeito a criação de direitos e obrigações. Então, para o autor o contrato é "um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos". Consoante o autor, o principal traço distintivo entre o contrato do Direito Romano e o contrato em sua concepção moderna reside no fato de que a relação jurídica, na tradição romanística, tinha carácter personalíssimo, vinculando os corpos dos sujeitos, muitas vezes, como garantia de débito.

Gagliano e Pamplona Filho (2009, p.11) consideram que o contrato é:

[...] um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.

Logo, os autores consideram que não há contrato sem manifestação de vontade e que a esta deve acompanhar a responsabilidade na atuação do contratante, devendo observar os princípios constitucionais.

O Professor Gonçalves (2009, p.xx) conceitua o contrato como:

[...] espécie de negócio jurídico que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas partes. É, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Com efeito, distinguem-se, na teoria dos negócios jurídicos, os unilaterais, que se aperfeiçoam pela manifestação de vontade de apenas uma das partes, e os bilaterais, que resultam de uma composição de interesses. Os últimos, ou seja, os negócios bilaterais, que decorrem de mútuo consenso, constituem os contratos.

Nos ensinamentos de Gomes (2007, p. 10) "contrato é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam".

Conclui-se, portanto, que o contrato nada mais é do que o negócio jurídico por meio do qual dois ou mais sujeitos acordam suas vontades, vinculando-se entre si, no intuito de regular interesses economicamente apreciáveis e que, portanto; criam; resguardam; transferem; conservam; modificam ou extinguem direitos e deveres; ou seja, um vínculo patrimonial.

3.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E PRESSUPOSTOS DE VALIDADE

Feita a conceituação doutrinária do contrato, importante destacar as peculiaridades dessa espécie de negócio jurídico, indicando seus elementos constitutivos, bem como os pressupostos de validade.

Fazendo uma panorâmica dos elementos constitutivos ou do que podemos chamar de plano de existência do negócio jurídico, conforme as lições de Azevedo (2000), destacam-se quatro: A manifestação da vontade, o sujeito - que irá declarar essa vontade, a prestação da obrigação estabelecida e a forma - que conduzirá essa vontade.

Em contrapartida, os pressupostos de validade consistem nos elementos próprios de existência do contrato, por exemplo, não basta que se tenha a manifestação de vontade se ela não foi emanada de maneira livre e construída com base na boa-fé objetiva, assim como apenas a capacidade para manifestação de vontade não é suficiente devendo ser o agente mais que capaz, legítimo.

Não se confunde o conceito de capacidade com o de legitimação. A legitimação consiste em se averiguar se uma pessoa, perante determinada situação jurídica, tem ou não capacidade para estabelecê-la. A legitimação é uma forma específica de capacidade para determinados atos da vida civil. O conceito é emprestado da ciência processual. Está legitimado para agir em determinada situação jurídica quem a lei determinar. Por exemplo, toda pessoa tem capacidade para comprar ou vender. (VENOSA, 2012, p.139)

Ainda, nesse sentido, o objeto da prestação também terá que ser lícito, possível, determinado ou determinável e forma é a prescrita ou não defesa em lei.

Na obra de Gomes (2007), os pressupostos de validade dos contratos são considerados elementos extrínsecos do negócio, são eles: a capacidade das partes, a idoneidade do objeto e a legitimação para realização do mesmo. Silvio Rodrigues (2004) considera como elemento

constitutivo a vontade manifesta pela declaração, a forma e a idoneidade do objeto, enquanto os pressupostos de validade seriam a capacidade das partes e sua legitimação para o negócio, a licitude do objeto e a obediência à forma, quando prescrita em lei.

Podemos dizer, ainda, que o requisito subjetivo de validade estaria ligado à capacidade dos contratantes e objetivo quanto à licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto, ou seja, a possibilidade jurídica do objeto, conforme preceitua o art. 104 do Código Civil de 2002:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I - agente capaz;
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Logo, é a partir da manifestação de vontade que se dará a formação dos contratos, estes com eficácia obrigacional. Cada contrato possui uma classificação sistêmica e peculiar a cada negócio jurídico, diferenciados por critérios quanto ao número de partes que recai as obrigações, a transferência de bens, regulamentação específica em lei, liberdade de fixar o conteúdo do contrato, entre outros.

Contudo, para este trabalho, interessa a classificação dos contratos de execução continuada e diferida, uma vez que a resolução por onerosidade excessiva prevista no art. 478 a 480, do Código Civil de 2002, tem sua incidência limitada a esses negócios jurídicos.

3.3 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS AOS QUAIS SE APLICA A ONEROSIDADE EXCESSIVA

3.3.1 CONTRATOS DE EXECUÇÃO CONTINUADA OU DIFERIDA.

É, portanto, nos contratos de duração que incide a resolução por onerosidade excessiva e que será aplicada a teoria da imprevisão quando por fatos supervenientes e imprevisíveis tornar a prestação excessivamente onerosa para uma das partes:

Art. 478: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Desta forma, os contratos podem ser classificados por suas peculiaridades, como dito acima, e no caso dos contratos de execução continuada e diferida a principal característica é o aspecto *tempo*. Conforme Azevedo (2002), o tempo é elemento geral extrínseco de todo fato jurídico, todavia, para efeitos da resolução por onerosidade excessiva, o tempo a ser considerado é aquele entre o intervalo conclusão e o término do cumprimento do contrato, ou seja, o tempo faz parte da própria natureza da prestação a ser adimplida.

Por execução continuada ou de trato sucessivo, Pereira (2009, p. 60-61) entende como sendo "o contrato que sobrevive, com a persistência da obrigação, muito embora ocorram soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição, ou decurso de um prazo, cessa o próprio contrato".

Outra classificação proposta por Gomes (2001) divide os contratos de duração em *contratos de execução periódica* e *contratos de execução continuada*. Os primeiros seriam propriamente os de trato sucessivo. Os segundos seriam aqueles em que a prestação é única, mas ininterrupta. E há ainda uma terceira classe que são os contratos de execução salteada, sob solicitação de uma das partes.

Nas lições de Gagliano e Pamplona Filho (2006), os contratos de execução continuada ou também por ele chamado de débito permanente, são os cumpridos por meio de atos reiterados. Assim, tem-se por exemplo, o contrato de prestação de serviços, compra e venda a prazo e o contrato de emprego.

Para Pereira (2009) a característica principal é o fato de que a obrigação renasce a todo tempo, pois o pagamento não extingue a obrigação, as partes desejam uma obrigação que dure no tempo.

Já os contratos de execução diferida, são aqueles em que a prestação se dá a termo e que tem sua eficácia limitada, ou seja, a obrigação poderia ser adimplida instantaneamente, mas pela vontade das partes se estipula um prazo, um marco temporal para a sua ocorrência, não ocorrendo a extinção da obrigação enquanto não se completar o que foi acordado e dependendo de circunstâncias futuras, podendo aqui, aplicar-se a teoria da imprevisão, que veremos mais profundamente no próximo capítulo.

Por óbvia conclusão, os contratos que tem sua prestação adimplida instantaneamente e que, portanto, chegaram a sua conclusão, não serão atingidos por causas supervenientes e estarão fora do alcance do instituto da onerosidade excessiva.

Nos contratos de prestação instantânea, o desequilíbrio ocorre no sinalagma genético e é considerado um defeito do negócio jurídico, sendo previsto pelo art. 157, do CC e abarcado pelo instituto da lesão:

Art. 157: Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

A onerosidade excessiva, no entanto, se dá na perturbação do sinalagma funcional do contrato. Não se trata, como na lesão, da vontade fragilizada ou do defeito da declaração, mas sim, de uma perturbação externa e superveniente.

Convém destacar que, no instituto da lesão, a saída é a anulabilidade do negócio jurídico; enquanto na onerosidade excessiva poder-se-á resolver, modificar equitativamente o contrato ou alterar e reduzir a execução da prestação, conforme arts. 479:

Art. 479: A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

E artigo 480:

Art. 480: Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Em suma, resta evidente que a onerosidade excessiva está intimamente ligada aos efeitos da conclusão dos contratos no decurso do tempo, contudo, não há previsão específica que delimite este lapso temporal.

Moraes (1999), em análise da jurisprudência pátria, observa:

[...] a própria ideia de prazo longo ou curto não pode se entendida em seu aspecto puramente físico, de dias ou meses; ela difere de contrato para contrato. Portanto, mesmo notando-se uma tendência a não se admitir a imprevisão em contratos considerados relativamente curtos, fica claro que, na maioria dos casos, mais do que o tempo em sentido objetivo, é a gravidade do desequilíbrio que se deu naquele tempo concreto, o que se leva a admitir ou não a revisão contratual pela via judicial (Moraes, 1999, p.160)

No mesmo sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATOS. COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INAPLICABILIDADE.

1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças.

2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais.

3. O caso dos autos tem peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, de que trata o art. 478 do CC/2002: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo, (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis.

5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 936.741/GO, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe 08/03/2012)

Feita esta ressalva, cumpre destacar quais são os contratos sujeitos a revisão ou resolução judicial.

Da análise dos arts. 478 e 480 depreende-se que a figura da onerosidade excessiva incide tanto nos contratos bilaterais, quando há prestações correspectivas, quando nos contratos unilaterais em que os efeitos geram obrigação a somente uma das partes, ou seja, os contratos unilaterais onerosos.

Contudo, para autores como Emílio Betti (1953), Judith Martins-Costa (2003) e Lucia Ancona Lopez (2012), a figura da onerosidade excessiva incidiria, também, nos contratos unilaterais gratuitos, como os contratos de doação.

Os autores consideram que, o desequilíbrio, nos casos dos contratos unilaterais gratuitos, é inerente a este tipo de negócio jurídico, onde não há uma distribuição comutativa dos ônus contratuais.

Para Martins-Costa (2003) apud Emílio Betti (1953), essa fundamentação encontra amparo no próprio princípio da boa-fé contratual, onde as partes devem observar uma equidade de cooperação. Isto porque, consoante a autora, mesmo que não se verifique desequilíbrio entre as prestações, dada a natureza gratuita do negócio, poderá haver sim onerosidade excessiva, se observado um ônus excessivo em relação ao originalmente acordado pela parte que faz o benefício.

Todavia, para autores como Venosa (2012) e Rodrigues Junior (2006), a teoria da imprevisão não incidiria nos contratos gratuitos, pois:

[...] a vontade inicial de doar ou emprestar dinheiro sem juros pressupõe uma liberalidade ou um sacrifício, nulifica qualquer ideia de equilíbrio, tornando impossível a intervenção do Poder judiciário para resolver ou rever o contrato gratuito. Sem onerosidade, não haverá paridade jurídica, que qualifica os contratos

paritéticos, descabendo falar em simetria ou assimetria entre posição econômica dos contraentes. (RODRIGUES JUNIOR, 2006. p.119)

3.3.2 FATO EXTRAORDINÁRIO E IMPREVISÍVEL.

Por interpretação literal do art. 478, a resolução por onerosidade excessiva só poderá ser pleiteada se os fatos que incidirem na execução do contrato forem imprevisíveis e extraordinários, destacando o conector “e” que demonstra a exigência da concomitância entre os dois elementos.

Extraordinário é o acontecimento anormal e externo ao contrato que altera o curso natural das coisas e que não seja imputável à conduta das partes.

Em se tratando de imprevisibilidade, pretende o legislador delimitar ainda mais as situações que comportem o art. 478, tendo em vista que exige a concorrência entre fato extraordinário e imprevisível.

Por fato imprevisível, consideram-se aqueles fatos que, no momento do ajuste contratual, não poderiam ser previstos ou previsíveis pelas partes e que, se o fossem, não teriam as partes celebrado o negócio ou teriam o feito de forma diversa. (FERNANDES, 2012, p.406).

Portanto, são imprevisíveis os fatos que não eram passíveis de ser levado em consideração no momento em que as partes celebraram o contrato, por maior diligência que tenham tido as partes, considerando-se a probabilidade de que tal fato atue sobre o contrato e da capacidade pessoal das partes em poder prever determinado evento.

Para Rodrigues Junior (2006) a previsão de um fato é qualidade divina não sendo algo inerente aos homens, podendo exigir-se somente que ajam com cautela, cálculo e prudência, de modo como diligenciaria um bom pai de família. Os fatos imprevisíveis “serão, contudo, alheias aos processos mentais humanos as circunstâncias posteriores que alterem profundamente a execução do contrato”. (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 137)

O Conselho da Justiça Federal no Enunciado n. 175 da III jornada de Direito Civil, analisando a imprevisibilidade, como requisito da resolução por onerosidade excessiva, elaborou enunciado no sentido de que “a menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, **deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz**” (grifo da autora). Ou seja, considerou que a noção de que mesmo que o fato seja previsível

deverá se considerar as consequências imprevisíveis resultantes do fato gerador do desequilíbrio.

Contudo, a imprevisibilidade torna-se um elemento suplementar com a adoção da expressão “resolução por onerosidade excessiva”, isto porque o cerne principal da questão que habilita a parte a recorrer a tal instituto é justamente a desproporção entre a prestação e contraprestação daquilo que foi acordado, colocando o elemento “imprevisibilidade” em um segundo plano.

Rodrigues Junior (2006, p. 143) assevera:

Já é tempo de ser superado o debate estéril e sem maior utilidade real sobre o caráter de imprevisão ou de imprevisibilidade das circunstâncias futuras. Elimine-se a negligência, a imprudência, a imperícia. Observem-se as cautelas, o cálculo, a exação de um bom pai de família. Afastem-se os acontecimentos inevitáveis, quase sempre associados a eventos naturais. Após todas essas exclusões, será possível investigar os acontecimentos supervenientes e interpretá-los no âmbito da execução do contrato, à luz dos modernos princípios contratuais, e concluir sobre a possibilidade de ser aplicada a teoria da imprevisão, cujo nome já apresenta sinais evidentes de esgotamento histórico. (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p.143)

O enunciado 366 da IV Jornada de Direito Civil prescreve:

Enunciado 336. Art. 478: O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.

Desta forma, entenderemos aqui como sendo fatos supervenientes aqueles que alterem substancialmente as circunstâncias, ou seja, alteração da base negocial e econômica do contrato, devendo ser interpretados à luz da boa-fé, da sua função social, do equilíbrio contratual e da prevalência da ordem e do interesse público. Destaca-se que nem sempre o fato superveniente será imprevisível, por isso esta ideia se afasta do conceito de justiça contratual.

Concluindo, Os fatos que habilitam a parte a recorrer ao instituto da resolução devem ser imprevisíveis e extraordinários, sendo imprevisível o fato que alterou substancialmente a base econômica do contrato e extraordinário um acontecimento anormal, devendo ambos coexistirem e guardarem relação direta de causalidade com a onerosidade excessiva.

3.3.3 PRESTAÇÃO EXCESSIVAMENTE ONEROSA.

Sem previsão no código anterior, a onerosidade excessiva surge no direito brasileiro, com o advento do Código Civil de 2002, por influência direta do *Codice Civile* italiano, mais precisamente do art. 1.467, alínea [1].⁴

Assim como no direito italiano, o instituto da onerosidade excessiva tem como fundamentação teórica a figura da imprevisão, havendo distinção apenas com relação à exigência de “extrema vantagem” presente apenas no código brasileiro e a vedação da aplicabilidade da onerosidade excessiva nos contratos aleatórios presente no direito civil italiano.

No Brasil, a partir do Enunciado n. 440, na V Jornada de Direito Civil, a CJF considerou a possibilidade da aplicabilidade do instituto nos contratos aleatórios:

Enunciado 440 – Art. 478: É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato.

Como explicitado no item anterior, o conceito de onerosidade excessiva, modernamente, concerne em uma “alteração superveniente do originário equilíbrio econômico entre prestação e contraprestação” e que engloba tanto as situações em que a prestação se torne extremamente onerosa para o devedor ou as situações em que a contraprestação seja irrisória para o credor. (FERNANDES et al., 2012, p.397)

Nesse sentido, a *onerosità* é a relação causal e correspectiva entre as atribuições patrimoniais, ou seja, uma das partes realiza um sacrifício correspondente à sua atribuição e, em contrapartida, espera receber a atribuição correspectiva como vantagem. Cumpre destacar que, além de ser uma onerosidade expressiva ela tem que ser *além dos riscos normais do negócio*.

Portanto, a *onerosità eccessiva* se dá com a perturbação do equilíbrio entre as prestações acordadas e que tenham um significado econômico atribuído pelos contratantes. É a partir dessa desproporção entre as prestações é que aparece a figura da onerosidade excessiva, no sentido de que eu passo a dar mais que recebo.

⁴ No original: “1.467: Contratto con prestazioni corrispettive – [1] Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’ articolo 1458. [2] La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto. [3] La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”.

Conforme as lições de Betti (1953, p.190-194), a onerosidade excessiva é justamente a comparação valorativa do ônus econômico, entre custo da prestação e rendimento da contraprestação, no momento da execução do contrato.

Lucia Ancona Lopez destaca a visão de Ângelo Martini (1950) de que o conceito de onerosidade não estaria ligado somente ao desequilíbrio entre as prestações, mas poderia considerar também a avaliação de somente uma das prestações isoladamente, confrontando seu ônus originário com o sacrifício exigido na sua execução, nos termos do art.480 do CC. Essa fundamentação encontra respaldo também no art. 317 do CC que possibilita a revisão judicial, não exigindo corresponsividade de prestação. (FERNANDES et al., 2012)

Cumprir destacar que, para caracterizar-se a excessiva onerosidade, o desequilíbrio causado deve ser de tal maneira que a prestação levaria o devedor à ruína econômica, portanto, o desequilíbrio deve ser grave e que demande um sacrifício.

Gomes (1998) considera que a onerosidade excessiva é apenas um obstáculo ao cumprimento da obrigação, gerando, desta forma, grande dificuldade em seu cumprimento e não *impossibilidade*. Todavia, considera que a inexecução é involuntária:

Para a resolução do contrato é preciso, em primeiro lugar, que seja excessiva a diferença de valor objeto da prestação entre o momento de sua perfeição e o da execução. A onerosidade já de ser objetivamente excessiva, isto é, a prestação não deve ser excessivamente onerosa apenas em relação ao devedor, mas a toda e qualquer pessoa que se encontrasse em sua posição. (GOMES, 1998, p. 179)

Por conseguinte, a onerosidade excessiva é medida excepcional de intervenção na autonomia privada e não pode ser invocada para resguardar riscos ou dificuldades inerentes ao cumprimento da prestação.⁵

Azevedo (2005, p.10) considera que a excessiva onerosidade deve ser analisada sob dois aspectos, levando-se em consideração o aspecto objetivo em se tratando de contratos empresariais e, em se tratando de contratos de natureza existencial, fazendo a análise do aspecto subjetivo da parte que se encontra em hipossuficiência contratual. Segundo o autor, o contrato empresarial é aquele que visa obtenção de lucro, mesmo que seja feito entre um empresário e um não empresário. Em se tratando de contrato existencial, é aquele entre não

⁵ MONITÓRIA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SERVIÇOS EDUCACIONAIS DIFICULDADE FINANCEIRA NÃO CONFIGURA IMPREVISÃO RECURSO IMPROVIDO.

A dificuldade financeira do devedor não se configura situação apta a ensejar a invocação da teoria da imprevisão, que exige, para sua configuração, extrema vantagem para uma das partes, em virtude de acontecimentos absolutamente extraordinários e imprevisíveis, situações que não se enquadram na defesa alegada (art. 478, CC). (TJ-SP - APL: 01706084220118260100 SP 0170608-42.2011.8.26.0100, Relator: Clóvis Castelo, Data de Julgamento: 30/09/2013, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/09/2013)

empresários ou entre empresários e não empresários, “desde que esta naturalmente não pretenda transferir, com intuito de lucro, os efeitos do contrato para terceiros”, como os contratos de consumo, contrato de trabalho, de locação ou aquisição de imóveis.

A título de exemplificação, consideram-se causas que geram a onerosidade excessiva o encarecimento de bens e aumento de mão-de-obra sem contrapartida no valor dos preços, como nos casos de guerra; aumento do déficit público; majoração do endividamento nacional; desvalorização monetária e inflação anormal.

3.3.4 DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – EXTREMA VANTAGEM.

O enriquecimento sem causa ou extrema vantagem, como um dos requisitos que autoriza o pedido de resolução por onerosidade excessiva, será analisado mais profundamente no capítulo III, por se tratar do tema central desta monografia.

3.4 REQUISITOS NEGATIVOS PARA O PEDIDO DE RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA

Diante da construção doutrinária e jurisprudencial, bem como do direito comparado, construiu-se o entendimento de que, para o pedido de resolução, devem estar presentes mais três requisitos negativos quais sejam: ausência de adimplemento da prestação; ausência de mora da parte lesada e ausência de impedimento pelos riscos inerentes ao contrato (FERNANDES et al., 2012).

O primeiro requisito negativo é considerado pelo momento de arguição do pedido de revisão judicial que deve ser anterior à conduta inerente à causa de extinção do contrato, o que geraria a incidência de regras peculiares onde não incidiria a teoria estudada. (RODRIGUES JUNIOR, 2006)

Por evidente conclusão, excluindo-se às formas de extinção anormal do contrato – rescisão, anulação, resilição, resolução por inexecução voluntária – onde há responsabilização, segundo a teoria dos riscos, a resolução por onerosidade excessiva seria considerada uma terceira hipótese de extinção anormal que é a resolução por inexecução involuntária (excepcionado os casos fortuitos e de força maior).

Nesse sentido, para que se possa invocar a resolução, deverá a parte não ter ainda executado a prestação, pois por conclusão óbvia, se houve adimplemento é porque o sacrifício foi suportado, causando grande insegurança aos negócios caso seja acolhida sua revisão.

A execução da prestação da parte contrária, seja ela total ou parcial, também não impede que fatos supervenientes venham a desequilibrar a contraprestação do devedor, o que também permite invocar a onerosidade excessiva.

O segundo requisito exige que, no momento da alteração das circunstâncias, a parte lesada não esteja em mora. Nesse caso, deve a parte, prejudicada pelos acontecimentos supervenientes, notificar imediatamente sobre a dificuldade no cumprimento da prestação buscando o reajuste e o reequilíbrio entre o que foi acordado, que, caso não seja possível, deverá buscar a via judicial.

A mora descaracteriza a onerosidade excessiva, e neste caso, incidirá as regras do art. 399 do CC:

Art. 399: O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

Cumprir destacar que, a suspensão do pagamento não resulta imediatamente na onerosidade excessiva, essa só será autorizada pela declaração judicial, cabendo ao juiz a análise do nexo de causalidade entre onerosidade e o acontecimento extraordinário e imprevisível. (GOMES, 1996)

O terceiro e último requisito negativo, refere-se à restrição ocasionada pelo princípio da boa-fé objetiva quando o contrato é atingido pelos riscos previstos ou facilmente previstos pelo contrato. Estes riscos, peculiares à prestação de cada contrato, são chamados de álea normal do contrato.

Nesse sentido, para socorrer-se à onerosidade excessiva, o desequilíbrio entre prestação e contraprestação deverá superar o que se considera às oscilações normais de cada relação contratual, posto que, assumidos pelas partes no momento da contratação. (FERNANDES et al., 2012)

3.5 EXTINÇÃO POR RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA – EFEITOS

A extinção, quando da resolução por onerosidade excessiva, situa-se na resolução anormal dos contratos, mais precisamente pela inexecução involuntária. A resolução por inexecução involuntária se dará quando a parte tem a intenção de adimplir, mas se vê impossibilitada de executar a sua prestação, por fatos alheios a sua vontade. Aqui não haverá responsabilização das partes, devendo estas retornarem ao *status quo ante*. (RODRIGUES JUNIOR, 2006)

Desta forma, os efeitos da resolução serão *ex nunc*, retroagindo até a data da citação, conforme a parte final do art. 478.

3.6 REVISÃO OU RESOLUÇÃO - PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Como já exposto anteriormente, o art. 478 do CC, fez previsão apenas do pedido de resolução pela parte onerada, sendo que, no art. 479 é facultada a revisão nos casos em que o réu oferece a modificação equitativa das prestações do negócio.

No entanto, como bem asseverou Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 285), seria um absurdo que o pedido de revisão fosse uma faculdade do demandado, cabendo ao juiz proceder na “corretiva das bases econômicas do negócio, mesmo com a oposição do réu”.

Nesse mesmo sentido, argumenta o autor que o próprio código dá respaldo para a aplicação desta teoria com o art. 317 do CC:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

O CJF no enunciado n. 176 da III jornada de Direito civil orienta no sentido de que, sempre que possível, deverá proceder-se a revisão judicial dos contratos:

Enunciado 176. Art. 478. Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.

Destaca-se que esse entendimento coaduna-se com os princípios da boa-fé objetiva, assim como da conservação dos negócios jurídicos e que consiste em “se procurar salvar tudo

que é possível num negócio jurídico concreto”, devido a sua importância econômica e social. (AZEVEDO, 2002, p. 66)

LUCIA ANCONA LOPEZ, em artigo sobre a resolução por onerosidade excessiva, conclui:

Assim, pode-se afirmar, com segurança, que apesar da omissão legislativa acerca da possibilidade do pedido de revisão contratual na hipótese do art. 478 do CC, este caminho não se encontra de forma alguma excluído do nosso ordenamento, abrindo-se à parte prejudicada a faculdade de deduzir em juízo tanto pedido de revisão quanto de resolução contratual, desde que preenchidos os pressupostos da figura da onerosidade excessiva, sendo recomendável que estes pedidos se façam sucessivamente. (FERNANDES et al., 2012, p.442)

Esse entendimento consta na proposta de alteração da redação dos artigos referentes à onerosidade excessiva, pelo Projeto de Lei nº 6.960, de 2002, que assim dispõem:

Art. 474. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as prestações do contrato. (NR)

E ainda:

Art. 475. Requerida a revisão do contrato, a outra parte pode opor-se ao pedido, pleiteando a sua resolução em face de graves prejuízos que lhe possa acarretar a modificação das prestações contratuais. Parágrafo único. Os efeitos da sentença que decretar a resolução do contrato retroagirão à data da citação. (NR)

4. O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO REQUISITO PARA REVISÃO CONTRATUAL

4.1 O CONCEITO DE EXTREMA VANTAGEM.

O tema central deste trabalho ocupa-se exatamente da expressão utilizada pelo código e que exige como requisito para a caracterização do pedido de resolução por onerosidade excessiva a *extrema vantagem*, contudo, neste tópico realizar-se-á apenas a conceituação doutrinária acerca da expressão.

Inicialmente, cumpre destacar que a própria expressão “extrema vantagem” sugere que, para fins de reconhecimento da onerosidade excessiva, não será levada em consideração qualquer vantagem, o que conduz a uma ideia de que a desproporção entre onerosidade e extrema vantagem seja além do normal ou pouco significativo. (ASCENSÃO, 2006, p. 110)

A extrema vantagem, segundo o voto do Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, refere-se ao princípio do enriquecimento sem justa causa:

A onerosidade excessiva, portanto, não importa na inexecução do contrato, mas no advento de um obstáculo à execução, capaz de causar um rigor exagerado e indevido ao devedor.

Em contrapartida, deve surgir para o credor uma extrema vantagem. Essa extrema vantagem guarda estreita ligação com os pressupostos da vedação ao enriquecimento sem causa. O credor não poderá auferir vantagem econômica além do justo e do razoável pactuado, diante da dificuldade do devedor em adimplir a obrigação. (Apelação Cível Nº 70040774671, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 14 de março de 2013).⁶

⁶ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TEORIA DA IMPREVISÃO. PAGAMENTOS PARCIAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1- Teoria da imprevisão: a teoria da imprevisão busca remediar a alteração objetiva, imprevisível e imprevisível das contingências existentes no momento da contratação, contra a onerosidade excessiva, traduzida no desequilíbrio prestacional, e contra o enriquecimento de um dos contratantes, com prejuízos ao outro não previstos no negócio jurídico. No caso, a incidência de chuvas acima da média na localidade à época do contrato não se enquadra na teoria acima referida, já que previsível sua ocorrência. Nem mesmo a baixa dos preços do grão de soja é fato enquadrável como imprevisível. 2- Revisão do débito: os pagamentos parciais alegados pela embargante foram computados pela exequente, quanto ao débito originário, sendo abatida quantia na confissão de dívida, descabendo o abatimento desses do montante ora executado. 3- Honorários advocatícios: viável a minoração da remuneração do procurador da parte exequente para 15% sobre o valor exequendo, nos termos do artigo 20, §§, do CPC. Apelo provido, em parte. (Apelação Cível Nº 70040774671, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 14/03/2013)

Nesse sentido, o enriquecimento sem causa é vedado expressamente no código civil de 2002:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

O enriquecimento sem causa, segundo França (1969), trata-se do acréscimo de bens no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem e sem que haja um fundamento jurídico entre esses fatos. Ou seja, o enriquecimento sem justa causa, calcado no princípio da equidade, repudia o locupelamento em detrimento do empobrecimento injusto de outrem.

Para Mário Júlio de Almeida Costa:

Reputa-se que o enriquecimento carece de causa, quando o direito não aprova ou consente, porque não existe uma relação ou um facto que, de acordo com os princípios do sistema jurídico, justifique a deslocação patrimonial, sempre que aproveita, em suma, a pessoa diversa daquela a quem, segundo a lei, deveria beneficiar. (COSTA, 1991, p. 432-433)

Para Rodrigues (2004), o enriquecimento trata-se, portanto, de um aumento patrimonial de uma pessoa ou a usurpação de direito alheio para evitar gastos gerando diminuição patrimonial de quem teve o direito usurpado.

O empobrecimento, por sua vez, consiste numa diminuição do seu ativo patrimonial ou num acréscimo do seu passivo, podendo ser considerado também o que a pessoa deixou de ganhar. Este foi o entendimento do Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, no enunciado 35:

Enunciado: 35 – Art. 884: A expressão “se enriquecer à custa de outrem” do art. 886 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento.

Outro requisito para a caracterização do enriquecimento é a “ausência de causa”. Se a causa decorre do próprio ordenamento ou de um contrato, não se poderá falar em locupletamento injusto. (RODRIGUES, 2004, p. 426)

Em convergência com esse entendimento, o Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, conclui:

Enunciado: 188 – Art. 884: A existência de negócio jurídico válido e eficaz é, em regra, uma justa causa para o enriquecimento.

Conclui-se, desta forma, que o enriquecimento sem causa caracteriza-se em primeiro plano pelo locupletamento do bem alheio, que em muitas vezes pode gerar a diminuição patrimonial de outrem ou apenas intromissão ao direito alheio, o nexo entre ambos e a ausência de causa jurídica para esses eventos, devendo o mesmo entendimento ser aplicado para a extrema vantagem.

4.2 O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO ELEMENTO COMPONENTE DO INSTITUTO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA.

Como já exposto, o art. 478 tem diversos elementos de aplicabilidade, sendo que um deles, a extrema vantagem, torna-se o ponto principal de discussão deste trabalho monográfico.

No item 4.1, conceituamos o enriquecimento sem causa como sendo o acréscimo de bens no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem e sem que haja um fundamento jurídico entre esses fatos.

Todavia, a exigência da concomitância entre *prestação excessivamente onerosa* e *extrema vantagem* acaba por engessar o instituto da onerosidade excessiva e torná-lo praticamente inaplicável.

Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 284) destacam ser uma:

[...] impropriedade considerar que a imprevisão exija relação causal entre enriquecimento e empobrecimento de uma parte e outra, uma vez que o fato posterior poderá onerar a ambas, caso que, ainda assim, a teoria não poderia deixar de ser aplicada.

Outro fator que acaba por reduzir a possibilidade de aplicação desse instituto é impor a demonstração da vantagem auferida pela outra parte é fazer uma prova praticamente impossível pela parte em desvantagem, diferentemente do que ocorre nas relações consumeristas que é possível a inversão do ônus da prova. (FERNANDES et al., 2012)

Não há como negar também que, por vezes, a superveniência de acontecimentos imprevisíveis atingem ambas as partes, tornando inviável a execução do contrato e que, nem por isso, decorra um enriquecimento de outras, que na maior parte das vezes também é prejudicada pela alteração das circunstâncias.

Rodrigues Junior (2006) apud Regina Beatriz Papa dos Santos (1989) adverte que:

Alguns autores acreditam que deve ocorrer também o enriquecimento indevido para a outra parte, favorecida pelo desequilíbrio contratual, do que se ousa discordar, pois, casos há em que a onerosidade excessiva para uma das partes não implica lucro excessivo para outra, mas, sim, até em algum prejuízo, por sofrer também as consequências da alteração das circunstâncias e, além disso, a finalidade principal da imprevisão é socorrer o contratante que será lesado pelo desequilíbrio contratual e não punir a parte que se enriquecerá com esse desequilíbrio. (SANTOS, 1989)

E citando, ainda, Rui Rosado de Aguiar Júnior:

[...] é possível que o fato futuro se abata sobre o devedor sem que daí decorra maior vantagem para o credor, e nem por isso deixa de existir a onerosidade excessiva que justifica a extinção ou a modificação do contrato por iniciativa do devedor. (AGUIAR JÚNIOR, 2000, p. 18-31)

Luiz Phillipe de Tavares Azevedo Cardoso, em tese de mestrado acerca da resolução por onerosidade excessiva no direito brasileiro, destaca que, para alguns autores como Nanni (2004), o enriquecimento sem causa exigido pelo art. 478 tem o caráter de princípio e não de fonte obrigacional. A fonte obrigacional aqui é a onerosidade excessiva e a extrema vantagem atuaria apenas como pano de fundo. Contudo, mesmo afirmando que a extrema vantagem é o que torna a figura da onerosidade importante para o ordenamento, o mesmo não chega a reconhecer como sendo a figura do art. 884.

Na mesma tese, o autor destaca que, no próprio conceito de atribuição patrimonial a vantagem não significa, necessariamente, enriquecimento. Podendo simplesmente significar uma modificação patrimonial.

Ainda, DIAZ (2004) destaca que:

[...] evidentemente, quis o codificador eliminar a possibilidade de resolução quando os efeitos do acontecimento extraordinário e imprevisível incidissem por igual em ambos os contratantes, tirando parte das vantagens previstas tanto do devedor quanto do credor. (DIAZ, 2004, p. 197-216)

Conclui-se, portanto, que, praticamente todas as vezes que se verificar a onerosidade excessiva observar-se-á automaticamente uma extrema vantagem, facilmente identificada quando do cotejo entre as atribuições patrimoniais correspectivas. Nessa senda, ainda que uma das partes não seja atingida pela alteração das circunstâncias contratuais, estará ela recebendo uma extrema vantagem, segundo Cardoso (2010):

No mais, o requisito é extremamente pertinente ao se colocar o adjetivo extrema. Ora, no direito brasileiro, como visto, não há dispositivo legal que disponha que o desequilíbrio deverá estar além da álea normal. Mas é possível entender o requisito da extrema vantagem como decorrente de um desequilíbrio acima do normal, eis

que, seguindo o mesmo raciocínio, a simples oscilação normal dos custos contratuais no máximo ocasionaria uma simples vantagem à contraparte, advinda de eventos ordinários, previsíveis e implicitamente previstos no tipo contratual. (CARDOSO, 2010, p. 111)

No entanto, o que aqui se pretende dizer é que, o enriquecimento sem causa pode sim decorrer de uma situação de onerosidade excessiva, mas não é um evento necessário e não poderá obstar a análise para o pedido de resolução.

O enunciado 365, elaborado na IV Jornada de direito civil, corroborando com esse entendimento, instrui:

Enunciado 365: A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento accidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.

A justificativa apontada pelo Sr. Carlos Santos de Oliveira, indicado da Escola Superior de Magistratura do Rio de Janeiro para compor os estudos da IV Jornada de Direito Civil, converge para o entendimento exposto:

A exigência constante da atual redação do art. 478 do Código Civil, ou seja, a constatação da “extrema vantagem para a outra parte”, coloca-se como um retrocesso, impedindo, sobremaneira, a verificação da onerosidade excessiva e dificultando o surgimento das hipóteses em que pode ocorrer a revisão do contrato. Não há vincular a caracterização da onerosidade excessiva ao resultado de extrema vantagem para a outra parte, no sentido de tipificar o desequilíbrio contratual. Esse é o entendimento da Professora Regina Beatriz Tavares da Silva, verbis: casos há em que a onerosidade excessiva para uma das partes não implica em lucro excessivo para a outra, mas, sim, até em algum prejuízo, por sofrer também a alteração das circunstâncias. Afirma, ainda, que deve preponderar a finalidade principal da teoria da imprevisão, a de socorrer o contratante que será lesado pelo desequilíbrio contratual². A exigência em questão também é criticada pela brilhante Professora Fabiana Rodrigues Barleta, quando diz: o Código Civil brasileiro sancionado em janeiro de 2002 cuida especificamente da cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa justa e de seus efeitos na seara jurídica. Não havia, pois, necessidade de o legislador brasileiro inserir esse “plus” da “vantagem extrema para a outra parte” a fim de possibilitar o intervencionismo do Estado, por meio do juiz, no conteúdo do contrato em caso de excessiva onerosidade posterior à formação do vínculo, conforme se extrai do artigo 478 da referida lei³. Assim, na medida em que o princípio da função social autoriza a busca do respectivo bem da vida por parte do contratante e, também, considerando que essa busca somente se torna viável mediante a admissão das cláusulas revisionistas, conclui-se que, uma vez constatada a onerosidade excessiva para a parte devedora, supõe-se presente a exigência relativa à “extrema vantagem para a outra parte”, sob pena de completa inviabilização da adoção da teoria da revisão contratual por nossos tribunais.

No mesmo sentido, o Professor de Direito e também Juiz do Estado da Paraíba, o Sr. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, destacou em sua justificativa para a elaboração do enunciado:

A vantagem exagerada para a contraparte, por sua vez, diz respeito ao aumento desproporcional do patrimônio não condizente com o lucro patrimonial comum que daquele negócio razoavelmente se espera, ocorrido justamente em virtude da onerosidade excessiva surgida. Despiciendo afirmar que tal requisito, exigido no art. 478 do Código Civil de 2002, apresenta-se como um elemento que dificulta a incidência da teoria revisionista aí estampada. Isso porque nem sempre a onerosidade excessiva para o contratante hipossuficiente virá acompanhada da vantagem extrema para a outra parte da relação contratual.

Entende-se, portanto, que a exigência inexorável de tal sub-requisito poderia obstar a revisão judicial dos negócios jurídicos atingidos pela onerosidade excessiva. Deve o magistrado, pois, abrandá-lo, em privilégio dos princípios da conservação dos contratos e da equivalência material das prestações contratuais. Com tais argumentos, coloca-se à apreciação a proposta de enunciado supra.

Corroborando com esse entendimento, o Dr. Otávio Luiz Rodrigues Júnior, posicionou-se da seguinte forma em sua justificativa:

A exigência concomitante da excessiva onerosidade e da vantagem extrema mostra-se censurável. Bastaria a alteração das circunstâncias e o conseqüente desequilíbrio da álea econômica. A onerosidade surgirá naturalmente, não cabendo indagar sobre eventuais lucros advindos ao outro contratante, muito menos condicionar o reconhecimento da imprevisão à ocorrência daquele fenômeno. Seria odioso exigir a prova de um ganho inesperado, quando já é difícil a documentação da excessiva onerosidade.

Para o Professor Rodrigo Toscano de Brito, no entanto, a extrema vantagem deve ser considerada como uma cláusula geral, devendo o juiz se ater na falta do equilíbrio objetivo do contrato, de acordo com critérios de razoabilidade, proporcionalidade, impossibilidade de enriquecimento sem causa, equidade e boa-fé objetiva.

João Hora Neto (2003, p.47), em artigo publicado na Revista da Escola Superior de Magistratura do Sergipe considera que a extrema vantagem é descabida:

“[...] uma vez que a comprovação da onerosidade excessiva por si só basta para atestar-se o desequilíbrio do contrato, até porque há inúmeras situações em que a onerosidade excessiva é patente sem que haja *extrema vantagem para a outra parte*, ou melhor, o lucro indevido”.

Conclui-se que, a extrema vantagem mencionada no art. 478, deve ser interpretada como elemento accidental ao fenômeno na onerosidade excessiva, levando-se a análise principal, que importaria no pedido de resolução, o excessivo esforço em se executar a prestação de uma das partes, mesmo que esse excessivo agravamento não resulte em uma extrema vantagem para outrem. (FERNANDES et al., 2012, p.445)

4.3 A PROPOSTA DE NOVA REDAÇÃO DO ART. 478

Tendo em vista a técnica legislativa problemática do artigo em análise, o Sr. Deputado Ricardo Fiúza apresentou, em junho de 2002, o Projeto de Lei nº 6.960, no intuito alterar a redação de diversos artigos do Código Civil, incluindo o instituto da resolução por onerosidade excessiva.

A justificativa para alteração do mencionado artigo encontra-se exposta no item 26, conforme segue:

26. Arts. 472, 473, 474, 475, 478, 479, e 480 : a atual redação dada ao art. 478 do NCC, torna-se impertinente, inclusive por eleger a resolução do contrato como regra; convindo reconhecer, ainda, albergar o reportado dispositivo um sério equívoco doutrinário. A onerosidade excessiva da prestação de uma das partes, acha-se vinculada, “ratio legis”, ao resultado de extrema vantagem para a outra, para tipificar o desequilíbrio contratual. REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, com elevada atenção ao tema, discorda: **“casos há em que a onerosidade excessiva para uma das partes não implica em lucro excessivo para a outra, mas, sim, até em algum prejuízo, por sofrer também as consequências da alteração das circunstâncias”**, enfatizando preponderar a finalidade principal da teoria da imprevisão, a de socorrer o contratante que será lesado pelo desequilíbrio contratual. Sua discordância é escoreita. De fato, **não se deve configurar a onerosidade excessiva, na dependência do contraponto de um grau de extrema vantagem. Isto significaria atenuar o instituto, sopesado por uma compreensão menor.** Desinfluyente ao tema, quando já fora de propósito, o atual artigo 478 deve ser redirecionado ao tratamento da revisão dos contratos, em presença da teoria da imprevisão. Assim como o atual 480 do NCC, por se referir à revisão contratual deve ser deslocado para a seção adequada, figurando como parágrafo 2º do dispositivo matriz de revisão do contrato. Em razão dessas considerações e sopesando também a necessidade de se reposicionar alguns dispositivos, proponho a alteração dos arts. 472, 473, 474, 475, 478, 479, e 480, bem como a renomeação do título e das Seções do Capítulo II do Título V do Livro I da Parte Especial do Novo Código Civil, dada a impropriedade da denominação dada ao Capítulo II do Título V do Livro I da Parte Especial : “Da Extinção do Contrato”, já que contém dispositivos acerca da revisão contratual (arts. 479 e 480), cumprindo-se-lhe renominá-lo : “Da Revisão e da Extinção do Contrato”. Torna-se , ainda, indispensável incluir seção própria acerca da Revisão, para melhor disciplinar o emprego da teoria da imprevisão.⁷ **(grifo nosso)**

Depreende-se do excerto acima que pretende o legislador extirpar do art. 478 o requisito de extrema vantagem, por considerar que a incidência da onerosidade excessiva por vezes trará prejuízo a ambas as partes. Ademais, a teoria da imprevisão tem por escopo a proteção das partes prejudicadas pelo desequilíbrio contratual e não punir quem, por fato exterior a sua vontade, possa ter sido beneficiado por um evento que não deu causa.

⁷ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A6D371658E45B83E710DD744FA1DCB41.proposicoesWeb2?codteor=50233&filename=Tramitacao-PL+6960/2002. Acesso em: 02 junho 2015.

No mesmo sentido, o legislador admitiu que a configuração da onerosidade excessiva não deve depender da concomitância entre a onerosidade e a extrema vantagem, por limitar muito a incidência do artigo.

Importa destacar que a nova proposta sugere que o art. 478 opte pela revisão contratual como primeira saída para o restabelecimento do equilíbrio contratual, adequando-se ao princípio da conservação dos contratos, devendo compor a redação matriz do mencionado artigo, dando papel de destaque à revisão.

Desta forma, foi proposta a alteração da denominação do título e Seções do Capítulo II do Título V do Livro I da Parte Especial do CC/02, incluindo o termo “Revisão”, optando por uma seção própria, dada a importância da expressão.

A nova redação do art. 478, que passará a ser o art. 472, estaria configurada nos seguintes termos:

Art. 472. Nos contratos de execução sucessiva ou diferida, tornando-se desproporcionais ou excessivamente onerosas suas prestações em decorrência de acontecimento extraordinário e estranho aos contratantes à época da celebração contratual, pode a parte prejudicada demandar a revisão contratual, desde que a desproporção ou a onerosidade exceda os riscos normais do contrato.

§ 1º. Nada impede que a parte deduza, em juízo, pedidos cumulados, na forma alternativa, possibilitando, assim, o exame judicial do que venha a ser mais justo para o caso concreto;

§ 2º - Não pode requerer a revisão do contrato quem se encontrar em mora no momento da alteração das circunstâncias;

§ 3º - Os efeitos da revisão contratual não se estendem às prestações satisfeitas, mas somente às ainda devidas, resguardados os direitos adquiridos por terceiros. (NR)

Partindo da análise da nova reação, se comparada com a vigente, observa-se a exclusão do requisito imprevisibilidade, o que corrobora com o entendimento adotado no item 3.3.2. de que a imprevisibilidade deve ser superada, preocupando-se o julgador não com a capacidade de previsão de um fato extraordinário, mas sim com a ação dos contraentes no momento da realização do negócio jurídico.

O requisito da extrema vantagem também deixará de compor o artigo e, com isso, seguindo a teoria adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, retirando a exigência descabida da concomitância entre onerosidade excessiva e extrema vantagem para legitimar a pretensão da parte prejudicada pela modificação das circunstâncias e ainda, por razão lógica, preferindo a revisão judicial dos contratos.

Outras alterações também foram previstas com relação aos contratos unilaterais, a modificação equitativa das prestações e a oposição ao pedido de revisão:

Art. 473. Nos contratos com obrigações unilaterais aplica-se o disposto no artigo anterior, no que for pertinente, cabendo à parte obrigada pedido de revisão contratual para redução das prestações ou alteração do modo de executá-las, a fim de evitar a onerosidade excessiva. (NR)

Art. 474. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as prestações do contrato. (NR)

Art. 475. Requerida a revisão do contrato, a outra parte pode opor-se ao pedido, pleiteando a sua resolução em face de graves prejuízos que lhe possa acarretar a modificação das prestações contratuais. Parágrafo único. Os efeitos da sentença que decretar a resolução do contrato retroagirão à data da citação. (NR)

No momento, a proposta encontra-se tramitando na Coordenação de Comissões Permanentes (CCP)⁸ e, como bem destacou Rodrigues Junior (2006), enquanto a nova redação não é aprovada, cumpre aos intérpretes do art.478 utilizar-se de uma hermenêutica que mantenha o conteúdo de justiça do mencionado artigo, admitindo a extrema vantagem apenas como um elemento accidental da alteração das circunstâncias de fato, que, quando não ocorrerem, jamais poderiam impedir a aplicação deste instituto para rever contratos com excessiva onerosidade.

Conforme Rodrigues Junior (2006), o juiz deverá ater-se à alteração das circunstâncias, tornado esta o elemento objetivo do fenômeno da onerosidade excessiva. Desta forma, não deverá o intérprete da lei, preocupar-se com ganho excessivo de umas das partes, e sim, com a busca da justiça contratual que será realizada através do restabelecimento do sinalagma negocial por meio da aplicação e da interpretação dos novos princípios contratuais.

⁸ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>. Acesso em 17 junho 2015.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa objetivou traçar, num primeiro momento, um panorama histórico e conceitual acerca do desenvolvimento da resolução por onerosidade excessiva como instituto jurídico, com origem na cláusula “*rebus sic stantibus*” e que trata da possibilidade de flexibilização da máxima do *pacta sunt servanda*. Posteriormente, enumeraram-se os elementos de aplicabilidade do instituto no direito civil brasileiro, com foco no art. 478 do Código Civil de 2002 e culminando no requisito de “extrema vantagem” que foi o ponto de discussão central de todo este trabalho monográfico.

Em linhas gerais, é possível concluir que:

- 1) A teoria da onerosidade excessiva foi recepcionada no direito brasileiro nos arts. 317, 478 a 480 do Código Civil de 2002, no art.6, V, do Código de Defesa do Consumidor;
- 2) A teoria da imprevisão se aplica tanto aos contratos bilaterais quanto aos unilaterais onerosos e unilaterais gratuitos. Quanto a esse último, ainda que não se verifique a desproporcionalidade de prestações, tendo em vista sua natureza beneficente, poderá haver onerosidade excessiva com relação a parte que realiza o benefício em relação ao que foi originalmente acordado;
- 3) Há exigência de comutatividade, embora exista construção doutrinária no sentido de considerar possibilidade de resolução também nos contratos aleatórios. Para parte da doutrina, a moderna teoria da alteração da base negocial considera que, ainda que haja uma álea típica de riscos nesse tipo de contrato, poderá ser atingido por uma aléa extracontratual, que por sua vez, permitiria a adoção da teoria da resolução por onerosidade excessiva;
- 4) Além da comutatividade, observou-se que a onerosidade excessiva só se aplicará nos contratos que executam-se com o tempo, portanto, nos contratos de execução continuada e diferida;
- 5) Os requisitos positivos para caracterização da onerosidade excessiva estão no art. 478, este limita sua incidência aos seguintes elementos: a) contratos de execução continuada e diferida; b) fatos extraordinários e imprevisíveis e; c) onerosidade excessiva simultânea à extrema vantagem;
- 6) A onerosidade excessiva deve ser arguida no Poder Judiciário;

- 7) Para caracterizar-se a imprevisão, a onerosidade excessiva deverá ser arguida antes da efetiva inexecução, caso contrário caracterizar-se-á o descumprimento do contrato, cabendo o ônus da prova a quem alega;
- 8) É legítimo para arguir a resolução por onerosidade excessiva tanto o credor quanto o devedor, desde que a parte não tenha dado causa à inexecução de forma culposa;
- 9) Além dos requisitos positivos, a doutrina e a jurisprudência consideram mais três requisitos negativos, quais sejam: ausência de adimplemento da prestação; ausência de mora da parte lesada e ausência de impedimento pelos riscos inerentes a cada contrato;
- 10) Para que não se caracterize a mora, é necessário que a parte atingida pela superveniência da onerosidade excessiva a parte lesada deverá dar ciência da dificuldade no cumprimento da obrigação ou ingressar imediatamente com a ação de revisão ou resolução, sob pena de caracterizar a mora (art. 399 do CC);
- 11) Os acontecimentos inevitáveis e os acontecimentos que poderiam ser previstos baseados na cautela e no cálculo de um “bom pai de família” não são considerados no enquadramento da teoria da imprevisão;
- 12) A teoria da imprevisão, segundo moderna aceção, deverá se importar com a alteração superveniente das circunstâncias negociais e que modifiquem a base econômica do contrato;
- 13) Pela conclusão da premissa acima, consideramos que o requisito da extrema vantagem em concomitância ao requisito de onerosidade excessiva é uma impropriedade, tendo em vista que mitiga a utilização de tão importante instituto;
- 14) O elemento extrema vantagem, por sua vez, tem ligação íntima com a ideia de enriquecimento sem causa, que conceituamos como sendo o “[...] acréscimo de bens no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem e sem que haja um fundamento jurídico entre esses fatos” (FRANÇA, 1969);
- 15) O enriquecimento sem causa pode sim decorrer de uma situação de onerosidade excessiva, mas não é um evento necessário e não poderá obstar a análise para o pedido de resolução;
- 16) Esse é o entendimento que vem sendo adotado por parte da doutrina, tanto que o enunciado 365, elaborado na IV Jornada de direito civil, corroborando com esse entendimento, instrui: “Art. 478. A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento accidental da alteração das circunstâncias, que

comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.”;

- 17) Por fim, na análise da onerosidade excessiva, deverá levar-se em conta a alteração da base econômica contratual, não interessando para sua caracterização a exigência da concomitância entre a onerosidade e a extrema vantagem ou enriquecimento sem causa, mas concentrando-se apenas no reestabelecimento do sinalagma contratual;
- 18) A incongruência na exigência da extrema vantagem, bem como a redação deficiente no que tange a resolução por onerosidade excessiva, levaram ao Projeto de Lei nº 6.960, de 2002, que propõe diversas alterações, inclusive a exclusão do termo “extrema vantagem”;
- 19) Cumpre, portanto, ao intérprete da lei, enquanto as alterações propostas não forem aprovadas, utilizar-se de uma hermenêutica que, com base nos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio econômico contratual, admitir a extrema vantagem apenas como elemento acidental da alteração das circunstâncias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal (1988), de 5 de janeiro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 maio 2015.

_____. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. Decreto Lei nº 24.150, de 20 de abril de 1934. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24150.htm. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. Decreto Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 6960, de 2002. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5E581CC2B22D01FA9890DE5C9FE5FA6E.proposicoesWeb2?codteor=50233&filename=Tramitacao-PL+6960/2002. Acesso em: 22 de maio de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 936.741/GO, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 03/11/2011. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700658526&dt_publicacao=08/03/2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70040774671, Rel. Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack, Décima Segunda Câmara Cível, julgado em 14/03/2013. Disponível em:

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70040774671&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 22/06/2015.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). I Jornada de Direito Civil. Brasília: CJF, 2003. Disponível em:

<file:///C:/Users/Ana%20Luiza/Downloads/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf>.

Acesso em: 26 junho 2015.

_____. III Jornada de Direito Civil. Brasília: CJF, 2005. Disponível em:

<file:///C:/Users/Ana%20Luiza/Downloads/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL.pdf>. Acesso em: 26 junho 2015.

_____. IV Jornada de Direito Civil. Brasília: CJF, 2007. Disponível em:

[file:///C:/Users/Ana%20Luiza/Downloads/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Ana%20Luiza/Downloads/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20(2).pdf). Acesso em: 26 junho 2015.

_____. V Jornada de Direito Civil. Brasília: CJF, 2012. Disponível em:

<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 26 junho 2015.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rossado de. Projeto de Código Civil: as obrigações e os contratos. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, v. 775, p. 18-31, maio 2000.

ALEXYY, Robert. Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón practica. Revista DOXA. Publicaciones Periódicas, n.5. 1998. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcm3353>. Acesso em 28 de abril de 2015.

AMARAL, Fracisco, Direito Civil: Introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das Circunstancias e Justiça Contratual no novo código civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 7, p.93-118, jan. 2006.

AZEVEDO, A. Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª edição, atual, de acordo com o novo código civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002). São Paulo, Saraiva, 2002.

_____. Relatório brasileiro sobre revisão contratual, elaborado para a Fundação Henri Capitant. São Paulo, maio de 2005.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Da Imprevisão e Revisão Judicial Dos Contratos*. Revista dos Tribunais, v. 733, novembro de 1996, p. 109/119.

BETTI, Emilio. *Teoria Generale Delle Obbligazioni I. Prolegomeni: Funzione economico-sociale del rapporti d'obbligazioni*. Milano, Giuffrè, 1953.

_____. *Teoria Generale Delle Obbligazioni II. Prolegomeni: Funzione economico-sociale del rapporti d'obbligazioni*. Milano, Giuffrè, 1954.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4 Ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARDOSO, Luis Philipe Tavares de Azevedo. A onerosidade excessiva no direito civil brasileiro. São Paulo: USP, 2010.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

DIAZ, Julio Alberto. A Teoria da Imprevisão no Código Civil brasileiro. Revista de Direito Privado, nº 20, ano 5. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Wanderley et al (Comp.). **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Org.). História do direito em perspectiva – Do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2009.

FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de direito civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL: CONTRATOS. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 4 v.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2009. 3 v.

HORA NETO, João. A Resolução Por Onerosidade Excessiva No Novo Código Civil: Uma Quimera Jurídica?. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju, v. 4, n. 41, p.41-57, jan. 2003. Semestral. Disponível em: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesemese/revistas/4.pdf#page=38>. Acesso em: 12 maio 2015.

ITÁLIA. Codice Civile Italiano, de 16 de março de 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardofo/obiter dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em: 14 maio 2015.

LARENZTZ, Karl. Derecho Civil: parte general. Trad. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

MARTINI, Angelo de. L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti. Milano: Giuffrè, 1950.

MARTINS-COSTA, Judith. A Revisão dos Contratos no Código Civil. Revista Roma e America – Diritto Romano Comune, Roma. V. 16, 2003.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra, Almedina, 1984.

MORAES, Renato José de. Cláusula "rebus sic stantibus". São Paulo: Saraiva, 2001.

NANNI, Giovanni Ettore. Enriquecimento sem causa. São Paulo, Saraiva, 2004.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

PAZZINATO, Alceu Luiz; SENISE, Maria Helena Valente. HISTÓRIA-Moderna e Contemporânea. São Paulo: Ática S.A., 1992.

PEREIRA, Caio Mario. Instituições de direito civil: contratos - declaração unilateral de vontade. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil. Brasília, 1975. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj_9.pdf. Acesso em 15 de abril de 2015.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão judicial dos contratos. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES, Silvio. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROPPO, Enzo. O contrato. Ed. Livraria Almeida, Coimbra, 1988.

SANTOS, Regina Beatriz Papa dos. **Cláusula 'rebus sic stantibus' ou teoria da imprevisão: Revisão Contratual**. Belém: Cejup, 1989.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 12. ed. São Paulo (SP): Atlas, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos et al. Fundamentos da História do Direito. Belo Horizonte: del Rey, 2010.